三联 ◉ 哈佛燕京学术丛书

法律的文化解释

（增订本）

梁治平 编

生活·读书·新知 三联书店

Our Academic Books
are subsidized by
the Harvard - Yenching Institute,
and we hereby express
our special thanks

图书在版编目(CIP)数据

法律的文化解释(增订本)/梁治平编. - 北京:生活·读书·新知三联书店,1994.10 (1998.5 重印)

(三联·哈佛燕京学术丛书)

ISBN 7-108-00746-0

Ⅰ.法… Ⅱ.梁… Ⅲ.法律—关系—文化 Ⅳ.D90—05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(94)第 11923 号

责任编辑 许医农
封面设计 宁成春
出版发行 生活·讀書·新知三联书店
(北京市东城区美术馆东街 22 号)
邮　　编 100010
经　　销 新华书店
排　　版 北京新知电脑印制事务所
印　　刷 北京市宏文印刷厂
版　　次 1994 年 10 月北京第 1 版
1998 年 5 月北京第 2 版第 3 次印刷
开　　本 850×1168 毫米 1/32 印张 14.125
字　　数 312 千字
印　　数 10,001-17,000 册
定　　价 21.00 元

本丛书系人文与社会科学研究丛书，
面向海内外学界，
专诚征集中国中青年学人的
优秀学术专著。

•

本丛书意在推动中华人文科学与
社会科学的发展进步，
奖掖新进人材，鼓励刻苦治学，
倡导基础扎实而又适合国情的
学术创新精神，
以弘扬光大我民族知识传统，
迎接中华文明新的腾飞。

•

本丛书由哈佛大学哈佛-燕京学社
（Harvard-Yenching Institute）
和生活·读书·新知三联书店共同负担出版资金，
保障作者版权权益。

•

本丛书邀请国内资深教授和研究员
在北京组成丛书学术委员会，
并依照严格的专业标准
按年度评审遴选，
决出每辑书目，保证学术品质，
力求建立有益的学术规范与评奖制度。

梁治平

法律文化：方法还是其他（代序）

法律社会学研究委员会（RCSL）下一次年会将于1995年在日本神户举行。这次大会的主题是："法律文化：相遇与变迁"(Legal Culture：Encounters and Transformations)，列在下面的分组议题内容包括法的理论和法律过程、法律社会学中的术语问题、法观念与法意识、社会系统与法律系统、法与法律过程的人类学研究方法、前"社会主义"国家法律制度变迁、比较的法社会学、法律职业、关于诉讼的比较研究、犯罪控制与刑事程序、人权、法律与家庭、法律与商界、工业化、发展与环境、法律与技术发明等，一共有二十项。这还不算列在每一分组议题之下的细目，否则，论题的数目还要翻倍。看起来，"法律文化"这个题目可以无所不包，就好像"文化"概念可以包罗万象一样。不过，多少让人感觉奇怪的是，这样一个重要概念在一般法律学乃至社会科学辞书里面是找不到的。不仅如此，以我闻见所及，世界上尚无一家法学院把"法律文化"单列为一门固定的课程，而且，也还从未有人写出像 G. A. Almond 和 S. Verba 合编的《公民文化：五国政治态度与民主》那样有影响的著作，从而使"法律文化"概念如同"政治文化"概念一样具有较为确定的内涵和明晰的界限。结果是，人们在极不相同的意义和层面上使用这个词，由此

造成的用语混乱几乎与这个词的泛滥一般严重。

前几年译为中文出版的《比较法律文化》差不多是此地喜谈"法律文化"者必引的一部书。不过，正如该书原作者——一个政治学教师——明白表示的，他只是把"政治文化"概念推广而用于法律研究，而且，他所采取的立场是严格"功能主义"的，而这种立场，至少在某种意义上，可能正好被人看成是反文化的。当然，这样一种"法律文化"观，即使可能招致批评，到底容易为人所理解。相比之下，一位欧洲法学家在谈到所谓"美国法律文化"时却让人感到相当地费解，因为，他用这个词指的只是某种传统的学者秩序，其核心乃是法学家群体及其派生物：法学教育、法律思想、法律知识体系及其传统等。[1]这种用法与比如倾向于社会学方法的法学家习惯的用法相去甚远。斯坦福大学的Lawrence M. Friedman 教授把"法律文化"说成是"关涉法律的价值和态度之网，它决定了人们何时何地以及为何诉诸或弃绝法律或者政府"。[2]这是一个法律社会学上的定义。而实际上，大多数人在使用这个词时似乎更愿意采取某种不甚严格的态度，因为它给人们提供了一种方便，即可以笼统和含混地用它来指与法律有关的历史、传统、习惯、制度、学理和其他任何东西。

大概就是因为不满意于"法律文化"一词用法上的这种多义、含混甚至空泛性质，Gray L. Dorsey 在阐述他的法律思想时才杜撰了"法文化"(jurisculture)这样一个特别的用语。这是一个兼具法律、哲学和人类学意味的语辞，其核心概念乃是"安排秩序观念"(ordering ideas)。有多少种文化，就有多少种"安排秩序观念"，就此而言，"安排秩序观念"当然是一个文化概念，但它同时又是一个哲学的和法律的概念。因为它在逻辑上一面通向世界本质、生活终极目的一类形而上问题（宗教和哲学），一面又

通向政治安排、法律制度一类形而下问题(政治学和法律学),最终通过包含在"法文化"概念中的若干设定将上述问题统一于一。在这些设定里面,最重要的是认为人总是生活在他们信其所是的世界之中。由此,文化被确定为个人与其社会以及社会与其法律之间的有效性联结;进而,真实性而非真理就成为一种法律哲学和社会哲学有效与否的评判标准。[3]

"法文化"概念的优点是显而易见的,它比较完整,也比较确定和明晰。更重要的是,这个概念同时包含了某种方法论上的思考,因而颇具启发性。[4]当然,我们也没有必要因此而否定"法律文化"概念可能具有的积极意义。至少,它能够帮助人们拓宽其视野。实际上,由于引进了"文化"概念,它也像"法文化"或者"政治文化"概念一样扩大了固有的研究领域,而且,同样是由于同一些法律(政治)以外的学科如社会学、人类学、心理学等发生关联,它也有助于提出新问题和改变旧方法。至于词义含混和用法多样一类问题,至少在一定阶段上是可以容忍的。问题在于,使用者应当不失时机地自我反省,这包括有意识地运用"法律文化"概念去指导具体细微的实际研究,同时又在此基础上自觉地思考和修正这一概念,重新确定其有效性。在此意义上,应该说只有那种漫不经心的态度和赶时髦空发议论的作法才是有害的和应当杜绝的。

以往,有关"法律文化"的论说和定义都主要是从研究对象或研究范围的方面人手。比如上面所引 Friedman 的定义强调有关法律的价值和态度,埃尔曼则强调政治文化论者所关注的"个人或集体的心理倾向",并且把法律文化看成是和政治文化一样的"它们文化环境中的子系统"。[5]表面上看,这类作法增加了"法律文化"概念的可操作性,但是实际上,它们多少降低了这一

概念可能具有的建设性意义。被如此限定了的"法律文化"变成了法律研究(或只是法律社会学)领域内的一个小小分支,它要在已经十分拥挤了的学科领域内为自己争得一席合法位置,因此不能不先将自己手脚束缚起来。更严重的是,对理论和方法的关注为关于对象的思考所取代,在寻找和确定适当范围的过程中,"法律文化"概念可能具有的创新的方法论意义就逐渐被掩盖或竟消失了。正是因为这一个缘故,我宁愿把"法律文化"首先视为一种立场和方法。

着眼于立场和方法的"法律文化"概念至少包含以下几方面的含义。

首先,作为一种文化现象,法律被认为是人生活于其中的人造世界的一个部分,它不但能够被用来解决"问题",同时也可以传达意义。由此,把法律简单归结为解决纠纷的手段和技术就是不可取的了。法律也是符号,它在任何时候都体现价值,都与目的相关。在这样的意义上,单纯功能主义的立场可以被认为是反文化的。

由上述立场出发,研究者并不一般地否认功能主义方法的有效性,只是他们通常不以此为满足,而要透过"功能"一类联系去追问法律设置和法律过程后面的"根据"、"意义"。这种倾向使得研究者一方面在功能主义者"求同"的地方敏于"辨异",另一方面又往往由观念入手,向深、广两个方面去求更有说服力的解释。

"解释"这个词也许能够很好地标示出"法律文化"方法论上的特征和复杂性。人的世界乃是一个意义世界,社会科学和人文研究因此不同于自然科学。建立在这一认识前提之上的法律的文化观具有解释取向乃是极其自然的。不过,"法律文化"上的解

释不仅仅是 interpretation，即阐发行为、事件和制度等的意义，它同时也是 explanation，即揭示事物之间的因果联系。因为，不仅意义结构的产生和存续本身需要予以说明，它对于人类行为和社会条件的延续和改变的影响也应当受到关注。

“解释”具有的另一含义与研究者所处“位置”有关。在解释学上，解释者处于各种“前见”的包围之中，在“法律文化”上，研究者首先是在他自己所用“语言”的包围之中。因为意识到人类存在的语言性，研究者既不自诩为持“中性立场”的观察者，也不以“真正客观”的理论相标榜。相反，他们是把人类理解的可能性置于主观性这一前提之下来考虑。相应地，他们对于概念、范畴和语式等问题极其敏感。

还可以由“法律文化”立场引出的一个结论是，对法律的文化诠释必定要超越各种孤立的和机械的法律观，也一定要反对各种狭隘的种族中心主义的法律观。换句话说，它一方面要强调法律与其他社会和文化现象之间的关联性，强调这种关联的复杂性和互动关系，另一方面还要求研究者在尽量保持视野开放的同时，对自己所处的“位置”不断进行反省。事实上，这里所阐说的“法律文化”观本身即是一件可以注意和应当省察的事情。

我并不打算把作为研究方法论的“法律文化”概念表述为真理。因为，它所需要的与其说是“科学”上的证明，不如说是个人经验的说明。当然，这种经验又不纯是个人的，而在很大程度上是特定人群特定历史经验的产物。这即是说，不了解作为中国社会科学产生和发展背景的中国社会特殊之点，就不能够真正了解被界定为立场和方法的“法律文化”概念以及提出这一概念的意义。那么，作为包括法律学在内的中国社会科学产生和发展的背景的中国社会特殊之点又是什么呢？

在中国，现今意义上的法律学和社会科学皆产生于本世纪初，它们同是文化移植的产物。不仅如此，现今中国最基本的制度设施也都是同一时期文化移植的产物。从某种意义上说，包括语言变革在内的极广泛而深刻的"文化移植"的发生乃是我们探究近百年来中国社会及学术发展时需要面对的最基本事实。当然，"移植"并非"照搬"，而且，即使"照搬"也不可能产生同样的"意义"。因此，"移植"应当被理解成一个复杂的变形过程。在此过程之中，外来的与固有的、历史的与现实的、情感的与理智的、习惯的与创新的、观念的与行为的、思想的与制度的，各种因素彼此纠缠、相互作用，共同造成了极其复杂的社会情态。这是一个充满矛盾和冲突而又依傍无定的情态，是以历史与现实、制度与行为等诸多层面的脱节为特征的情态。处于这种情态之下，法律问题从一开始就明显不仅是法律问题，而同时也是政治问题、社会问题、历史问题和文化问题。因此，要了解和解决中国的法律问题，必先了解和解决诸多法律以"外"的其他问题。从这一立场出发，研究者自然不能以流行的法律观为满足，而较多关注社会学、人类学及历史学诸种方法的有效性。这时，对于历史和文化问题的探究正好强化了这一趋势。当然，问题并未因此而解决。"认识"、"理解"、"解释"均是主观性极强的活动，对于"认识"的认识也就成为一般社会科学健康发展的前提。在中国，由于社会科学的"移植"背景，也由于长期以来政治强力对于思想及社会生活的全面渗入和控制，"认识"这一极为突出而且重大的问题基本上未被触及，以至于今天包括法律学在内的中国社会科学面临重建的紧迫要求。"法律文化"概念就是在此背景之下被重新提出和思考的。

毫无疑问，以上就"法律文化"概念所作的方法论上的阐述

是极其粗略的和不能令人满意的。不仅如此，即使在“法律的文化解释”[6]那样的长篇论文里，这个主题也未能得到充分的讨论。因此，我宁愿把这种尝试视为一个有益的开端，即从自身经验出发尽可能地深入反省认识论和方法论诸问题，自觉推动中国法律学和社会科学的重建。我相信，这样做的意义应不止于法学一科。

1994年4月13—25日于北京万寿寺寓所

注 释

[1] 见 Christian Atias，“American Legal Culture and Traditional Scholarly Order”，载 *Louisiana Law Review* Vol. 46，1986. 页 1117—1136。

[2] Lawrence M. Friedman. “Legal Culture and Social Development”，in *Law and Society Review*. p. 34. Vol. 4，No. 1.

[3] 见 Gray L. Dorsey，“Towards World Perspectives”，载 Sava Alexander Vojcanin 编 *Law，Culture，and Values*（Transaction Publishers，1990）。

[4] 有人著文专门讨论过这方面问题，比如 A. Edel 和 E. Flower 合写的文章“Reflections on the Concept of Jurisculture”。详见上引书。

[5] 埃尔曼：《比较法律文化》第 20—22 页。贺卫方、高鸿钧译。（三联书店，北京，1990）

[6] 详见拙文“法律的文化解释”，载《中国社会科学季刊》（香港）1993年第四卷。

增订版前言

三年前本书出版时，无论我本人还是出版者都没有想到，它很快就会重印，而且不止一次。我不知道这是因为发行渠道变得比以前更加通畅的缘故，还是因为人们对学术和理论书籍愈来愈感兴趣的缘故，不管怎样，更多的人在买书和读书，这是一个事实。意识到这一点，那种想要完善自己的作品（不管是形式上还是内容上）的欲望就益发地强烈了。

正如本书"前言"所提到的，由于某种原因，原来已经译好准备收入本书的两篇文章，即格雷·多西的"法律哲学和社会哲学的世界立场"以及艾德尔夫妇合写的文章"关于法文化概念的若干思考"，未能与本书其他文章一道付梓。这件事一直令我感到非常遗憾。因此，能借本书再版的机会把这两篇文字补入，实在是一件令人高兴的事情。自然，既已有了原作，最初我为弥补缺憾而撰写的绍介文字，"格雷·多西及其'法文化'概念"，也就可以撤去了。

这次补收的另一篇文章是美国学者宋格文的"天人之间：汉代的契约与国家"。这篇有关汉代契约的非常出色的研究文字，不但深入到法律中小传统的内部，而且就研究对象"事实"的方面和"规范含义"的方面作了细致的区分。这种超越"表面的相似"去探究"内在差异"的做法，正是我在谈论"文化解释"时所强调的东西。有意思的是，与我主张中国古代并没有"民法"或者

“私法”不同，宋格文的出发点是中国古时也有契约法。要了解这种差异并不难，只要考虑一下我们身处的不同背景就可以了。在我这里，人们多相信普遍的历史发展规律，总是把“事实”与“规范含义”或者“功能”与“意义”混为一谈，以为表面的相似就是一切，更不用说，还有许多人热中于“古为今用”，总想证明不拘什么都是古已有之。在宋格文则不同，他所面对的情况毋宁说是过于强调差异（并不一定是在适当的意义上），以至取消了对比如“契约法”的研究。了解了这一点，人们就会发现，研究策略上的不同，可能恰好突出了研究者立场上的一致。这些，就是我决定把这篇文章增补进本书的原因。

增补的三篇文章中，前两篇先已发表在《比较法研究》1994年第3—4期上，收入本书时，我又对译文作了少量的修正。后一篇文章原来收在高道蕴等编《美国学者论中国法律传统》一书，现征得出版社及编者同意，收入本书。因为手边没有英文原文，无法对全文进行校订，只重译了其中一段吉尔兹的引文，并对文中明显属于错排的几个地方作了改正。自然，我也借此机会将本书重新通读了一遍，就我所发现的误植、误译和漏译之处一一予以补正。我希望，这次修订在弥补以前的缺憾之余，将不会留下新的遗憾。

梁治平

1997年12月15日

写于北京万寿寺寓所

前　　言

收入本书的一共有七篇文章，它们分别出自人类学家、哲学家和法学家之手。

单从各篇的题目来判断，这些文章似乎缺少统一的主题，而由学术的训练与传承方面看，几位作者之间也没有明显的关联。尽管如此，它们或隐或显并且程度不一地保有某些共同倾向。比如，它们在认识论上都有足够的敏感，对于认识的"客观性"抱有某种审慎态度。又比如在方法论方面，它们都不满意于实证主义和功能主义一类法律研究，而倾向于某种文化解释（参见本书"代序"）。

"法律的文化解释"一文被置于全书之首，这种安排并不反映文章重要性上的次第，而只是出于某种方便的考虑，因为事实上，本书的编辑原是撰写该文的一个副产品。在"法律的文化解释"一文中，收入本书的其他文章和作者大都被提及，而且多少保持了协调一致的方式。这就使得拙文在阐发作者思想的同时又可以为读者提供进一步阅读的导引。当然，这并不意味着拙文业已将其他各篇文章的旨趣包容无遗，更不意味着本书编者想要把读者的眼界限定在一篇文章的框架之内。恰恰相反，正是有感于另外那些文章指涉之宽广、意蕴之丰富以及论说之精彩远非一般介绍或援用所能昭示，我才急切地想把它们相对完整地

介绍于读者诸君。

“地方性知识：事实与法律的比较透视”系著名人类学家克利福德·吉尔兹[1]一篇专论法律的长文，也是他所谓“阐释的人类学”理论运用于法律研究的一个杰出范例。吉尔兹把法律视为想像真实的一种方式，认为它不但调整行为，而且解释行为，这种法律的阐释观注重的是意义而非功能，是法律中想像的、建设性的和解释性的力量而不是它解决纠纷的机制。这即是吉尔兹大力倡导的“深度描述”理论[2]在法律分析中的展现。不过，也与其以往精细入微的个案分析不同，吉尔兹在这篇文章里引人注目地采取了宏观研究策略(尽管也不排斥运用微观材料)。通过对事实和法律及其关联方式在三种不同文明中表现形态的精采分析，他实际为把他所倡行的理论和方法运用于历史及当代社会研究的更广大领域做出了有益的尝试。

如其标题所示，比较的方法贯穿于吉尔兹全文，然而论及流行的比较法理论及实践，他的态度又大抵是批评的。事实上，理论上的反省和深入始终是比较法学家们至为欠缺的东西，这种情形不可避免地导致比较法研究理论上的贫弱和实践中的肤浅，并使得有识见的批判和建树益发显得急迫。

“批判性比较：重新思考比较法”是一篇系统地反省和讨论比较法研究方法论的文章。作者弗兰肯伯格一方面熟知当代欧陆哲学的发展(这里主要是解释学)，另一方面又受到美国当代一些法学流派(这里主要是批判法学)的影响。恰当运用这两个方面的资源，就使其“批判”和“重新思考”既犀利而又不乏深度。值得注意的是，弗兰肯伯格提出的“学习”原则——拉开距离和辨析差异——以及他对于文化和语言问题的关注，多少是以另一种方式表现出来的解释学和人类学在法律研究中的结合(回

想一下吉尔兹"阐释的人类学"),而这一特点也在不同程度上表现在本书的其他一些文章里面。

格雷·多西试图解决世界上各种不同的社会哲学、法律哲学因为主张普适性而引发的种种问题。为此,他提出了"法文化"的概念。除去法律理论的渊源之外,这个概念还明显吸收了哲学的和人类学的成就,这一点已经A·艾德尔和E·弗罗尔共同指出。遗憾的是,由于版权上的原因,这两篇文章虽已被逐译为中文,但是最终未能收入本书。为弥补这一缺憾,我写了"格雷·多西及其'法文化'概念"一文。此文以多西的文章"Towards World Perspectives of Philosophy of Law and Social Philosophy"为主要依据,同时参考了艾德尔和弗罗尔伉俪合写的阐释性文字"Reflections on the Concept of Jurisculture"。这两篇文章均收入Sava Alexander Vojcanin编的*Law, Culture, and Values*一书(Transaction Publishers,1990)。希望读者能从这篇介绍性文章里面约略了解格雷·多西的"法文化"概念及其理论意蕴。

本书最后三篇文章都直接与中国古代法研究有关。

就其注重观念的力量和追问制度的"依据"这一点而言,安守廉教授的文章可以被视为由文化角度来解释法律的尝试(他自己的提法是"政治文化")。应该指出的是,同一作者曾经专门撰文讨论比较法研究中流行的"大理论"(grand theory)的限度。他认为,一味在其他社会、文化中查证自己社会、文化中制度的有无,只能产生误导而无益于理解。理解应当从研究对象产生于其中的"文化语境"入手。[3]本着这一认识,他曾针对罗伯特·昂格尔教授《现代社会中的法律》一书处理中国古代法材料的方式提出了相当严厉的批评。[4]在编入本书的这篇文章里,读者或许

还能够发现上述方法论方面省思的痕迹。

从逻辑上说，本书第一篇文章和最末两篇文章有着相互依赖的关系：前者是后者（虽然实际上不止此两篇）在方法论上的总结，后者是前者具体运用（虽然实际上不限于此）的展示。事实上，它们之间的关系并不止于此。它们同时都超出了对方：理论有着多重渊源以及一定程度的明晰性和系统性，实践则更富有弹性和生命力。考虑到它们能够互相说明、互相补充甚至互相挑战，我最后决定把它们编在一起。当然，使我大胆地把旧文拿出来发表的还有一个原因，那就是其中的大部分文字过去只在一个相对来说很小的范围里流传。比如，新近发表于《中国社会科学季刊》（香港）的“法律的文化解释”一文，显然不易为此间对这一题目抱有兴趣的许多人读到。另一篇文章“礼法文化”取自几年以前由上海人民出版社出版的《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》一书，此书初版时只印行两千册，迄未重印，以致几年来我不断收到各地读者求购信函，更多次被人问及何处可购、何时重印一类问题。在此情形之下，本书选收这两篇文字或许能同时起到一点“补不足”的作用。

最后，还回到本文开始时提到的问题。作为一部并非现有学术流派的记录或介绍但又具有某种专题性质的选本，本书各篇章之间的联系是松散的，同时又是内在的和具有启发性的。我承认，同样主题的任何另一个编选者都不大可能做出和我一样的安排，但这与其说是编者主观随意性的表现，莫如说是选本所具有的灵活性与适时性的优长。我相信，在另辟蹊径，于学术主流之外探索新的方法之际，选本这种形式的优点是其他编撰形式很难替代的。

注　释

[1]　吉尔兹又译为格尔茨。收入本书的"法律的文化解释"因数次援引林同奇"格尔茨的'深度描绘'与文化观"一文，故从林译，以免混淆。

[2]　见吉尔兹："深描说：迈向解释的文化理论"，于晓译，载《文化：中国与世界》第一辑。(三联书店，北京，1987)

[3]　见 William P. Alford，"On the Limits of Grand 'Theory' in Comparative Law"，载 61 *Wash. L. Rev.* 946—956(1986)。

[4]　参阅安守廉："不可思议的西方？昂格尔运用与误用中国历史的含义"，高鸿钧译，载《比较法研究》第七卷第一期(1993)。

致　　谢

编这个选本得到了国内外许多朋友和学者的关心、支持和无私帮助，我愿借此机会向他们表示我的谢忱。

首先，我想要感谢美国北卡罗来纳州立大学历史系欧中坦(Jonathan K. Ocko)教授，是他最先让我注意到吉尔兹的“地方性知识：事实与法律的比较透视”一文，并且惠寄原书，使我获益匪浅。本书的翻译部分主要得益于邓正来、贺卫方两位先生，因为他们的帮助，本书的编撰才有可能如期完成。这里，我要特别提到邓正来先生，他所负责翻译的吉尔兹的文章，不但篇幅最大，而且文字最难，但是靠了他的认真和严谨，我们终于有了一篇高质量的译稿。此外，在编入本书其他文章的译、审过程中，我曾就若干翻译中的疑难问题商讨于他，均得到他的热情帮助。编选本书的同时，我还就书中译文版权问题商之于普林斯顿大学高级研究所的吉尔兹教授、德国法兰克福大学马克斯—普朗克社会科学研究所的弗兰肯伯格博士和哈佛大学法学院的安守廉教授，他们三位均即予答允(安守廉教授还特别为我写信帮助解决上述版权问题)，并且慷慨免去版税，从而使本书能够顺利出版。另外，本书的完成还得到另外一些形式的帮助：北京奥本公司无偿而且及时地为我提供了若干文章和信函的打印稿，中国政法大学的贺卫方先生代为查核了书中几位作者的个人资料，拙文《法律的文化解释》与《法辩》选人本书均得到原刊载者许可，也应在此一并致谢。最后，我不应忘记提到我的妻子莽萍女士，没有她自始至终的关心和帮助，本书是不可能顺利完成的。

目　　录

梁治平

法律的文化解释*

我们总是在希望和恐惧中被最接近我们的东西所影响，并且在这样一种影响中去接触过去的见证。因此，反对轻率地把过去看成是我们自己的意义期待，乃是一项经常的任务。

——加达默尔

引　　言

曾经有过各种关于法律的解释，本文要提出的是所谓**文化的解释**。

由这个标题，人们可能首先联想到人类学和解释学。的确，以下的讨论借重于人类学和解释学之处甚多。这不单是因为，由于前者，文化研究方始成为科学，通过后者，解释的技艺才具

---

* 本文原载于《中国社会科学季刊》（香港）第4卷（1993）。

有普遍价值，而且也是因为，任何现代意义上的文化解释理论，都只能够建立在当代社会科学和人文科学已经取得的成就上面。不过，预先说明下面一点也是必要的：本文的主题基本上不能由人类学研究来完成，而且，它也完全不是所谓哲学解释学的一部分。它要研究的对象，通常被归入历史学，具体地说，它所关注的主要是历史学的一个特殊领域——法律史。

把法律的文化解释主要限定在所谓法律史的领域，这首先是因为，它所处理的材料与法律史家通常面对的大致相同。然而，由于立场、方法乃至视界并不相同的缘故，法律的文化解释所要揭示的却是一个传统法律史家通常忽略了的世界。就此而言，法律的文化解释并不简单就是传统意义上的法律史研究，毋宁说，它是对旧材料的重新安排和重新解释，为此，它不但引入了新的立场、观点和方法，而且提出了新的主题。我们不妨说，法律的文化解释在引入一种新的分析方法的同时，也确立了一个新的对象。这里，方法只是研究者“主观地”加以运用的一套策略，对象却是研究者已经发现并且意欲给出解释的一个“客观地”存在的世界，它们性质不同，但又关系密切，以致可以借用一个词来表达，那就是法律文化。[1]

也许，最后会有认真负责的读者对我发出这样的质疑：一篇标榜法律或至少是法律史研究的论文，为什么大部分篇幅被用来讨论历史、哲学、文化、语言和其他一些法律以外的主题？对此，我将回答说，从本文阐明的立场出发，你所说的历史、哲学、文化、语言，还有其他那些主题，都不是“法律以外”的东西。本文的目的就是要破除固有的法律概念，打破法律学与其他诸多学科之间传统的界限，进而提出新的研究范式。作为这样一种方法论上的尝试，它实际是将自己置于哲学、人类学、

社会学、法律学和历史学诸学科的挑战之前，而这不仅意味着它要为自己争得一个合法位置的努力必定是艰难的，而且意味着这样一种尝试，无论其成功与否，都将具有普遍的意义。

最后需要说明的是，撰写本文的直接动机，原来只是试图就我自己过去几年中间所做的研究做某种方法论上的总结。这种考虑的一个结果是，无论我现在的想法和作法距离初衷有多远，每当需要就理论上的说明举出实例，我总是自然而然地回到我比较熟悉的中国历史材料上去。我希望这种“以中国为例”的作法不至削弱理论的说服力，同时我也希望，我能把这些例证运用得恰到好处，而不使熟悉我以往研究和论证方式的读者在重新接触到它们时感到厌烦。

作为一种世界观的结构主义

结构主义并不是一种哲学，至少，它不是那种传统意义上的哲学。[2]但是，结构主义确实包含了某种世界观，以至有人把它看成是一种关于世界的思想方式。这种思想方式的特征是在人与现实世界的关系的基础上重新认识事物的本质。据此，世界并不像以往人们认为的那样，由许多特征清晰可辨和独立存在的客体组成，相反，这样一个外在于人和与人对峙的客观世界并不存在。因为，感觉的方式，连同其中所固有的偏见，对于感觉到的东西有着无可置疑的作用，以至于纯粹客观的感觉从一开始就没有可能。正像有人指出的那样，观察者必定从他的观察中创造出某种东西。如此，则观察者与被观察对象之间的关系就显得至关重要。这种关系成了唯一能够被观察到的东

西。可以说，事物的真正本质不在于事物本身，而在于我们在各种事物之间构造、然后又在它们中间感觉到的那种关系。简言之，世界乃是由各种关系而非事物本身构成的。[3]

还在二百年以前，意大利人维柯（Vico）就已经认识到这样一个卓绝的道理：人认识到是真实的（verum）东西与人为造成的（factum）东西实际上并无区别。因为，人所感知到的世界不过是他强加于世界的他自己的思想形式，而存在之所以有意义（或“真实的”），只是因为它在那种形式中找到了自己的位置。进一步说，人创造了他所感知到的整个世界，并在此过程中创造了他自己。[4]因此之故，维柯竭力要从人类心灵的变化中求取社会的各项原则，在诗的真实性里面发现真实的世界。在某种意义上说，现代社会科学和人文科学中诸前沿学科如语言学和阐释学也做了同样的事情。

瑞士语言学家费迪南·德·索绪尔（Ferdinand de Saussure）最先创立了结构主义语言学。他通过区分语言和言语、指出语言的符号性和任意性、强调共时性的重要性等，提出一种新的语言观，依此，语言被视为一个封闭的结构，具有独立自足和自我界定的性质。这种语言观给人的启示是，作为人类与外部世界交通往来的独特手段，语言不但构成了独特的人类的结构，而且构成了人类现实世界的结构。[5]当然，从索绪尔不能够直接达到这一点。因为在索绪尔那里，语言学并不是人类学的一个部分。相反，所有涉及种族、历史、文化和社会制度的东西都被他视为语言的外部因素，归在“外部语言学”的名下，而他关于语言的定义，正是要把一切跟语言的组织和系统无关的东西，亦即他用“外部语言学”这个术语所指的东西排除出去。[6]

同样信守结构语言学原则，同时又把语言结构与人类现实世界的结构联系起来考虑的，首先要推美国人类学家爱德华·萨丕尔（Edward Sapir）。

在美国，语言学是在研究北美大陆各种印第安语言的基础上发展起来的，这就是为什么它从一开始就是人类学的一个部分。由于经常和直接与印第安文化——一种与欧洲文化相距甚远的文化——接触，美国语言学家天然地更关注语言和语言所属文化背景之间的关系。他们发现，这种关系不但具有反映的特征，而且具有构成的特征。当把对语言结构的研究扩展到其他社会行为领域的时候，他们甚至得出这样的结论：文化“形态”或说一个社团总的生活方式，实际上由那种文化的语言所决定。[7]萨丕尔说：

> 事实上，“现实世界”在很大程度上是建立在团体的语言习惯之上的。绝没有两种语言在表现同一个社会现实时是被视为完全相同的。不同的社会所生活于其中的世界是不同的世界，不只是贴上不同的标签的同一个世界……[8]（文中重点号为引者所加）

在这一节里，我们由结构主义的世界观，很快就进入到语言学的领域，这固然是因为，语言学研究乃是结构主义思想最早的渊源之一，而且，正是借助于语言现象，结构主义的世界观能够得到极好的说明，但是更重要的还在于这样一个事实，即作为独一无二的文化现象，语言直接构成人类的存在方式。人类生活在自己的语言之中；人类的世界将从语言开始。

在接下来的讨论里面，我们还会不止一次地面对语言及其各种问题，并为语言具有的悠深微渺的性质所困扰。不过，在

进一步讨论这些问题之前，我们须要专门辟出一节来讨论一个与语言有着密切关联且同样具有普遍意义的问题，那就是我们通常所说的“文化”。

文化与符号

几乎所有讨论文化问题的论著都要引述英国人类学家爱德华·泰勒（Edward Tylor）在1871年写下的关于文化的定义。我们不妨就从这里开始。

> 文化或者文明，就其广泛的民族学意义而言，乃是这样一个复杂整体，它包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗以及所有其他作为社会一员的人习得的能力和习惯。[9]

这个今天仍然流行的文化定义明确将文化视为人类后天习得之物，而把它同所有先天遗传的东西区别开来。此外，它强调了文化的整体性和复杂性。这些思想今天已经普遍地为人们所接受。当然，这个早期文化定义的缺点也很明显，它毕竟过于笼统，难以充作深入研究的导引。现在的人类学家可能强调文化某些方面的特征，比如，行为模式、价值观念，或者，文化的象征性和符号性等。新的文化定义往往因此更具体、更明晰，也更具有操作性。这里，我不准备停下来详细讨论文化理论的各种发展，而是直接进入到我所感兴趣的部分。也就是说，我将首先注意那些重视和强调“生活方式主观独特性”的文化理论。下面提出并且予以说明的克利福德·格尔茨（Clifford

Geertz）的文化观就是属于这一类理论。

格尔茨为文化下的定义主要强调通过象征符号表现出来的意义模式。他说：

> ［文化］是指由历史传递的，体现在象征符号中的意义模式（patterns of meaning），它是由各种象征性形式表达的概念系统，人们借助这些系统来交流、维持并发展有关生活的知识以及对待生活的态度。[10]
>
> 我主张的文化概念……本质上是符号性的(semiotic)。和马克斯·韦伯一样，我认为人是一种悬挂在由他自己织成的意义之网中的动物，而我所谓的文化就是这些意义之网。[11]

把文化看成是一个“概念系统”，一个表达意义的符号体系，无不让我们想到语言学家关于语言的定义。这并不奇怪，“一个民族的风俗习惯常会在它的语言中有所反映，另一方面，在很大程度上，构成民族的也正是语言”。[12]事实上，人类学家往往像语言学家一样关心语言问题，只不过，后者感兴趣的是语言的“内部世界”，而前者更关注语言的“外部世界”。尽管如此，由于语言与文化密切不可分割的关系，它们在很大程度上共同具有某些特征。其中，符号性也许称得上是最突出的一项了。

语言是一种符号系统。索绪尔明确地将这一点视为语言的基本特征。表达观念的符号系统是多种多样的，语言之外尚有象征仪式、礼节仪式、盲文等等，而语言却是其中最复杂、最广泛和最富特点的表达系统，堪为典范。这首先是因为，语言之为符号乃是完全任意的。[13]此外，语言不同于言语，它不是个人意志和智能的行为，相反，它像是分发给每个人使用的同一

本词典。“语言是每个人都具有的东西，同时对任何人又都是共同的，而且是在储存人的意志之外的”。[14]这一特征实际也是源出其符号性质，“因为符号在本质上是社会的”。[15]最后，“语言是一个系统，它的任何部分都可以而且应该从它们共时的连带关系方面去加以考虑”。[16]

索绪尔为语言一符号规定的三项特征，即任意性、社会性和系统性，一定程度上也可以用来描述文化的特性。[17]大多数人类学家都会同意说，文化虽然总是通过每个个人的行为表现出来，但它绝不只是个人的所有物，而首先是一种社会存在。同样，无论是否接受文化模式的看法，他们多少是以系统观点来看待和把握文化现象的。也就是说，他们倾向于把文化理解为一个靠各种内在关联组织起来的相对自足的复杂整体。当然，说文化是“任意的”似乎于理不合，因为在所有变化的事物里面，文化也许是最难改变的一种。但正是在语言现象中，“不变性”乃是“任意性”的一个结果。[18]作为一种符号系统，文化的“不变性”显然也部分地出自其“任意性”。其实，“任意性”在这里并不意味着没有常性和无从捉摸，它不过表明了这样一个事实：符号，连同它所传达的意义，完全是出于人类而非事物本身；它们既不是绝对的，也不是物体、行动或过程本身所固有的。换句话说，符号系统是历史的产物，而不是科学上可以验证的关于真实世界的描述。文化并非植根于绝对之中，它是人类行动和思想的产物，说到底，文化乃是人造之物。[19]

意识到文化一符号的任意性是必要的，它帮助我们认识到世界的属人性。以文化为其独特标记的人类，无往而不是生活在自己造就的符号体系或说意义世界之中。没有了这些，世界将不成其为世界，它只是一片混沌。

历史的符号观

“从本质上看，历史学的对象是人”。伟大的历史学家马克·布洛赫（Marc Bloch）在这句前人的教诲里面发现了真理。他写道：

> 地形特征、工具和机器、似乎是最正式的文献、似乎是与其缔造者完全脱离的制度，而在所有这些东西背后的是人类。历史学所要掌握的正是人类，做不到这一点，充其量只是博学的把戏而已。优秀的史学家犹如神话中的巨人，他善于捕捉人类的踪迹，人，才是他追寻的目标。[20]

然而，人究竟是什么呢？

通常，这样一个古老而常新的问题是由哲学家在书房里提出和构想的，直到最近百余年，因为人类学家、社会学家、心理学家和其他许多人各以其卓有成效的工作大大拓展和深化了关于人的研究，哲学家们在这个领域里的垄断才被彻底地打破。当然，这并不意味着哲学家的意见从此不再值得重视，恰恰相反，关于人是什么，以及关于历史和文化一般问题的深入思考，最终不可能在哲学之外独立地得出。而这部分是因为，哲学的思考与时俱进。我们时代的哲学家不但承继了特别属于他们自己的传统，而且吸收融汇了同时代人的新知，从而创新了哲学。

任何一个关于人的定义，都试图找出仅仅属于人的独特性质。在这个问题上曾有过各式各样的结论，比如理性，比如道德性，等等。今天，在经过长期艰苦卓绝的经验研究之后，主

要由人类学家完成了一个飞跃，他们直截了当地把人性归结为文化。人创造了文化，文化也造就了人。没有文化，人与动物无异。

说人是文化的动物，差不多就等于说人是符号的动物。因为所有的文化形式都是符号形式，通过了解符号的特性，通过探究人创造和运用符号的能力，将有可能揭示人性的奥秘。哲学家就从这里开始他们的思考。

恩斯特·卡西尔（Ernst Cassirer）注意到，在有机体的反应（reaction）与人的应对（response）之间有着不容抹杀的区别。在前者，对外界刺激的回答直接而迅速，而在后者，回答被思想缓慢复杂的过程所打断和延缓。这里，根本原因在于，人不可能直接地面对实在，他生活在一个符号世界里面，为语言形式、艺术想像、神话符号和宗教仪式包围着，倘无这些人为媒介物的助力，他竟不可能看见或者认识任何东西。就是在这种意义上，卡西尔把人定义为符号的动物。[21]

自然，就前面已经述及的思想、理论而言，卡西尔的文化哲学思考是我们多少已经熟悉了的，而这里所以要特别提到他，更多是因为他把这种思考引入历史，因而给了我们一个重新探求历史智慧的机会。

以往，人们喜欢在逻辑中寻找历史与科学的区别，而在卡西尔看来，这种尝试注定要失败。因为它完全忽视了历史学的基本特征，那就是，历史学家面对的不是一个物理世界而是符号的世界。就此而言，历史学的对象与物理学的对象截然不同。历史学家手中的残片或是手稿固然是物质世界的一部分，因此可以借助于科学手段予以探查，但是，这样得出的知识尚不足以称为历史知识。归根结蒂，“历史学并不以揭示物理世界的以

往状态为目的，而是要揭示人类生活和人类文化的以往阶段。”[22]正像布洛赫反复申明的那样，历史学研究的是人或人类。卡西尔用“人类的生命力”、“人类的和文化的生活”来指称历史学的主题，于是，历史遗迹就变成了传递以往活生生信息的符号，而读解这些符号便是历史学家的特殊任务。卡西尔写道：

> 在某种意义上说，历史学家与其说是一个科学家不如说是一个语言学家。不过他不仅仅研究人类的口语和书写语，而且力图探究各种一切各不相同的符号惯用语的意义。他不仅在各种书本、年鉴或传记中寻找他的文章内容，而且必须读解象形文字或楔形文字，考察一块帆布的颜色、大理石或青铜的雕像、大教堂或庙宇、硬币或珠宝。但是，他并不是只以一个想要收集和保存旧时代财富的古董商的心情来看待所有这些东西的。历史学家所寻找的毋宁是一个旧时代的精神的物化。他在法律和法令、宪章和法案、社会制度和政治机构、宗教习俗和仪式中寻找着共同精神。对真正的历史学家来说，这样的材料不是僵化的事实而是活的形式。历史就是力图把所有这样零乱的东西，把过去的杂乱无章的支梢末节熔合在一起，综合起来浇铸成新的样态。[23]（文中重点号为引者所加）

历史知识的独特性质因此也表现在历史学家的活动上面。

毫无疑问，历史学始于事实也终于事实。然而，历史学的事实是什么呢？它与比如物理事实的区别到底在哪里呢？按照卡西尔的意见，历史学的事实是符号的，不是物理的，而这意味着，它只存在于历史学家的工作当中，也就是说，它只有在

被历史学家“回忆”起来时才是真正存在的。这里，“回忆”被理解为一种构造活动，一种新的理智综合，而不是单纯的复制活动。卡西尔说，历史学家并不是活动在物理的宇宙中，而是活动于符号的宇宙中，为了理解和解释各种符号，必须建立与探究原因的方法不同的其它各种方法。“意义的范畴不应当被归结为存在的范畴。如果我们要寻找一个可以把历史知识包含在内的总题目的话，那我们可以把它称为语义学的一个分支而非物理学的一个分支。语义学的规则，而非自然的法则，才是历史思想的一般原则。历史学是被包含在阐释学的领域而非自然科学的领域之中的”。[24]（文中重点号系引者所加）如果真是这样，历史研究应该服从一些什么样的规律，历史学家又如何通过回忆、解释和重建而获致真理，以及，我们究竟应当在什么样的意义上去把握这些真理呢？从这里，我们被导向更具有普遍意义的问题。

“历史诠释学”

解释的技艺原是一门古老的艺术。所有古代文明中的解经人各以其独特方式发展了自己的解释学。然而，只是在十九世纪的欧洲，传统的解释技艺才被改造成一门普遍的学问，一门教人避免错误和获致正确理解的学问。进而，解释学由一套认识方法改变、上升而成为哲学。这时，它关心的问题不再是创制一套指导科学研究的方法论程序，而是直接去追问“一个先于主体性的一切理解行为的问题，也是一个先于理解科学的方法论及其规范和规则的问题”：理解如何可能？[25]

启蒙时代的思想家曾经设想过一种能够自由和无偏见思考的理性主体，从这一点出发，他们把权威和传统视为阻碍人类正确思考和理解的偏见（诠释学上称为“前见”、“前理解”等），必欲彻底扫除而后快。然而，事实是，“消除一切前见这一启蒙运动的总要求本身被证明是一种前见”。[26]因为理性在本质上是历史性的存在，早在人通过自我反思理解他自己之前，他就以某种明显的方式在其生活于其中的家庭、社会和国家里面理解了他自己。现代诠释学乃是建立在这样一个前提上面："个人的前见比起个人的判断来说，更是个人存在的历史实在。"[27]传统也好，权威也好，总之，前见被视为理解的条件，并因此被赋予某种积极的意义。从这里我们便接触到历史诠释学的若干重要原则。

首先是时间距离对于理解的重要性。按照所谓历史主义的假定，时间距离是那种必须予以克服的东西。也就是说，为了确保历史的客观性，研究者须置身于过去时代的精神中，以彼之概念和观念而非自己的概念和观念去思考。但是，从诠释学的立场上看，情形正好相反；只有从时间距离出发，才有可能达到所谓客观的认识。这里，时间距离不是应予超越和消除的否定因素，而是应当予以积极运用的肯定因素。这在根本上是因为，指导理解的真前见与引致误解的假前见只有通过时间距离才能被区分开来。诠释学的意识将包括历史意识：意识到自己的那些指导理解的前见。这是真正的历史思维，因为它同时意识到它自己的历史性。而历史主义假定的幼稚就在于，它缺乏这种反思，它忘记了自己的历史性。[28]

由时间距离引出的一个问题是所谓“效果历史”原则。当人们跨越时间距离去理解某种历史现象的时候，他们必定已经

为“效果历史”所影响。这些影响首先表现在这样一些方面：哪些问题值得探究，哪些东西可以成为研究对象，等等。显然，这里也存在那种预先给定的东西，“它是一切主观见解和主观态度的基础，从而它也就规定和限定了在流传物的历史他在（Andersheit）中去理解流传物的一切可能性”。[29]在一切主观性中揭示出这种规定着它们的东西，正是哲学诠释学的任务。于是，效果历史意识的问题被提出来了。

加达默尔（Hans-Georg Gadamer）说：“效果历史意识首先是对诠释学处境的意识。”[30]稍后，他把“处境”概念规定为一种限制视觉可能性的立足点，本质上可以与视域概念相等同。在历史理解的范围内，人们也常常谈到视域，因为获得历史视域原本是历史理解的一项要求。这方面流行的见解是，研究者必须使自己置身于他所探究的那个时代的历史视域之中，否则，他就会误解流传物的意义。这里，潜在的前提是，存在着彼此不同的封闭的视域。在加达默尔看来，这是难以想像的。因为，视域原是我们活动于其中并且与我们一起活动的东西。理解一种传统当然需要某种历史视域，但那并不是与我们自己的世界全然无关的另一个世界，因此，获得某种历史视域并不意味我们要丢弃自己。我们要做的是把自己带入其中，而这既不是一个个性移入另一个个性，也不是使另一个人受制于我们自己的标准。正确地说，它是那种向着更高普遍性的提升。由此形成一个新的更大的视域，它超出现在的视界而包容了我们自我意识的历史深度。这将是唯一的视域。“理解其实总是这样一些被误认为是独自存在的视域的融合过程。”[31]

的确，诠释学不曾为历史研究提供一套现成的方法论规则和程序，作为一种哲学，它指示给我们人类有限的历史性存在

方式，并试图在其中发现人类与世界的根本关系。然而正是通过这种方式，它就为真正的历史科学奠定了基础。在《真理与方法》的结尾处，加达默尔这样写道："我们的整个研究表明，由运用科学方法所提供的确实性并不足以保证真理。这一点特别适用于精神科学。"[32]因为，在精神科学里面，认识者的自我存在同时也在发挥作用。其结果，"真正的历史对象根本就不是对象，而是自己和他者的统一体，或一种关系，在这种关系中同时存在着历史的实在以及历史理解的实在。"[33]正是基于这一认识，加达默尔对所谓历史客观主义进行了毫不容情的批判。后者实际只是自然科学在精神科学中的翻版，它所坚持的方法固然有助于消除历史研究的随意性，但同时也使得历史研究者对支配其理解的各种前见视而不见。结论是，历史主义因为受着隐蔽前见的支配而不理会流传物里述说的东西，它所得出的认识就只能是歪曲变形的。

现代诠释学对精神科学的贡献也表现在它的那些富于表达力的概念上面。前见（前理解、前把握、前有等等）、时间距离、效果历史意识、处境、视域和视域融合、应用……这些概念能够帮助我们探知人类存在的历史性和有限性，从而有助于我们了解理解的真谛。在比如视域的概念里面，我们发现一种具有双重性的诠释学处境，即视域是有限的，同时也是必要的。就前一方面来说，视域由前见构成，它限制了认识者观看的范围；而就后一方面看，失去视域等于失去作出判断的能力。解决这一矛盾的关键在于，视域是活动的，视域的区分也是相对的。因此，只要不断检验我们的前见，现在的视域就可以在不断形成的过程中被把握。理解即是视域的融合过程，而这意味着真正的历史意识，意味着不断的反思。也是在这样的意义上，加达

默尔决绝地说:“如果我们想让历史描述和历史研究完全避开效果历史反思的判断权限，那么这就等于取消了历史描述和历史研究。”[34]

当然，作为哲学诠释学一部分的历史诠释学，无论它对于历史研究来说如何重要，毕竟不能够取代历史研究本身。这就好比我们说哲学不能够代替历史学一样。从哲学的立场出发，历史诠释学旨在揭示精神科学中人类理解的本质，并且发掘作为理解条件的前见的积极意义。而这些对于一种具体的历史研究是远远不够的。当我们直接置身于历史研究，首先看到的恐怕是大量的误解、曲解，各种隐蔽的前见和未经省察的视域，它们是具体的、个别的，需要靠历史学家的技巧来辨识和消除。这时，我们倾向于从一般下降到特殊。这是历史家之路，它与哲学家辄由特殊和具体上升到普遍和一般的路径正好相反。所以，我们现在需要确立一个新的出发点，这个新的出发点必须一方面与历史诠释学的基本立场取得一致，另一方面又总是建立在具体的历史形态上面，因而能将我们直接引向历史。那么，是否存在一种具体的前见，它具有这样一种普遍性，以至表现为人类存在形式而与我们须臾不可分离？如果有的话，我们最先遇到的肯定是语言。

语言的再认识

语言问题的重新提出应当从语言学家止步的地方开始。

语言学家主要是向内去观察和说明语言现象，但是他们无一例外都承认语言与思维、与历史和文化的密切关系。萨丕尔

说："语言，作为一种结构来看，它的内面是思维的模式。"[35]不过，他同时又表示不相信文化和语言在形式结构上有何种关系。他对文化的定义是"一个社会所做的和所想的是什么"，[36]语言讲的却是人怎样思想。换句话说，一个是内容，是经验的摘录，一个是形式，是表达一切经验的具体方式。很难设想这二者之间会有什么特殊的因果关系。萨丕尔认为，除非我们能够证明，文化于其具体内容之外，另有一种内在形式或曰纯粹形式格局，还是把语言沿流与文化变化视为不相干的过程为好。[37]

迄今为止，似乎还不曾有人声称发现了文化的纯粹形式格局，更没有人提出一套把语言和文化统一于一种形式中的语言—文化类型学。然而这些就足以证明语言形式与文化无关，怎样思考与思考什么无关，以及思想的方法与思想的内容无关吗？贸然推翻语言学家的结论是危险的，不假思索地接受现成的看法也可能是轻率的。我们不妨提这样一个问题，即出自欧洲学术传统的语言学家究竟能在多大程度上意识到并且摆脱其"前见"的影响呢？尽管普通语言学并不将自己限制在印欧语系的范围之内，它的研究对象主要还是表音体系的各种语言，这毕竟是一件事实，而诸如语言、思维与文化的关系这样一类问题，却最可能在因为语言和文化上存在深刻差异而构成鲜明对照的事例中突显出来。索绪尔说，表意体系的典范事例就是汉字。[38]那就让我们选一个汉语的例子吧。

法国汉学家谢和耐（Jacques Gernet）曾经仔细考察了十六和十七世纪耶稣会士在中国的传教活动，特别是因此而引出的欧洲和中国两种文明围绕基督教教义产生的意味深长的"对话"。他发现，耶稣会士想让中国人理解和接受基督真谛的努力最终归于失败，而其原因并不简单是一种价值拒斥另一种价值，

而是与价值有着密切关联的这一种逻辑排斥另一种逻辑。[39]著名传教士利马窦（Matteo Ricci）最先意识到这一点，以至他认为首先应该让中国人学习欧洲人的推理方法。无论如何，逻辑与教理是不可分割的。如果我们想要真正了解文化的差异，就必须进入到思想的深处。正是本着这样一种想法，谢和耐在《中国和基督教》一书的末尾，以“语言和思想”为标题作了最后的总结。他在其中这样写道：

由语言在其词法、主语和动词补语中以及在主动态和被动态中所表现出来的文明可能更为适宜于发展行为的施动者和对象的对立，形成一种更为明确的人格和文明力量的思想，区别活跃的思想与顽物。我们于此至少还可以指出中国一方的一种在语言和思想之间的奇怪相似性。在汉语中，主语仅仅是有关发表一种论点的主动者。通过词法可以清楚地看到，没有任何必然的关系把主语、谓语和补语联系起来。在任何一篇汉文文献中，都有一种无人称的基本语气。正如中国人所想像的那样，自然的行为是非人格的和公正的。天是“无心”地发生作用的。

因此，语言的结构和辞法似乎把中国和西方的思想导向了不同的方向，作为形成一个独立的广阔背景的文化和宗教传统发展之基础。[40]

显然，谢和耐也像尼采（Nietzsche）一样相信，文法能够主宰哲学。如果真是这样，想的方法就不能被认为与想的内容全无关系，正像萨丕尔所形容的，一个是固定的模子，另一个可以是水、石膏、金子或其他任何倒入其中的东西。[41]事实很可能是，能够倒入某种特定模子里的东西是有限的。因此，尽管

最后未必能够找出一套与语言形式完全一致和对应的文化形式，但是我们也许可以承认，语言和思维的形式特征与文化的关系至少比较我们通常认为的要更复杂、更重要，因此也更值得重视。文化固然指一个社会所想与所做的一切，但是一个更合理更完整的文化概念应该也包括这个社会构想和实践其理想的方式在内。

在其形式结构之外，语言与文化的关系是显豁的。语言，或者更确切地说词汇，在很大程度上忠实地反映了一个民族的全部历史和文化，这种看法已经为人们所普遍接受。历史学家们由此出发去探究诸如文化的传播和变迁一类问题，也已经司空见惯。不过，对于人类学家和社会学家们来说，最重要的恐怕还不是语言的反映功能，而是它的构造功能。从根本上讲，语言不是一种普通的社会现象，它是那种最具有渗透力和控制力的社会现象，以至在比如传统的传递、文化的延续和社会整合诸方面，语言的重要性几乎总是第一位的。L.R. 帕墨尔说：

> 组织作为一个超越个人之上的实体，作为一个各种力量和各种关系形成的系统，在向人们提出并强制他们接受某些行为和思想方式这方面具有压倒一切的力量。……但是以最精细微妙的方式向人们施加力量并且最不容人们抗拒的一种社会现象是语言。这套与特定的思想内容相关联的符号系统有武断的性质，你要用它，就得不折不扣地遵守它的条件。……获得某一种语言就意味着接受某一套概念和价值。在成长中的儿童缓慢而痛苦地适应社会成规的同时，他的祖先积累了数千年而逐渐形成的所有思想、理想和成见也都铭刻在他的脑子里了。[42]

实际上，我们在语言里面看到的不仅仅是一个社会的道德和理想，而且几乎是这个社会的全部实在。通过对人类经验予以分类，语言就组织同时也限定了人们对于实在本身的理解。如果我们承认，人们的世界彼此不同，那在很大程度上是因为他们的语言彼此不同。

从理解的角度看，人类世界经验的语言性直接将我们置身于加达默尔的所谓诠释学处境：我们的语言即是我们的前见，它构成我们现下的视域；为了达到理解，语言一方面是必不可少的，另一方面又是必须超越的对象。那么，这究竟意味着什么呢？在“历史诠释学”的里面，视域融合实现了对于个别的超越，而将我们引向更高的普遍性，但在语言中间，这一切是怎样完成的呢？既然语言之于人类同时兼有解放与桎梏两种功能，那么它就不仅是理解的唯一途径，同时也是理解的最大障碍。我们是否可以设想某种不属于任何已知历史文化的语言，一套“中性”语言，通过它来实现普遍的超越和理解，或者，我们必须承认语言的不可超越性，承认它对我们是一个更大的难题，一个真正是无法摆脱的困境？为了对语言问题有更实际的了解，我们在下面就转入具体情境，讨论一些人类学家和历史学家直接遇到的问题。

语言问题的实际考察

在美国的法律人类学家中间，曾经有过一场关于“概念”和“语言”的论争。争论的一方是P．J．波赫南（Paul J. Bohannan），另一方则以M．格拉克曼（Max Gluckman）为

代表。

波赫南将概念分为两类，一类他称之为“民俗的”（folk），另一类是所谓“分析的”（analytical）。一个民族固有的概念体系属于前者，它是这个民族的自然言说，也是一个能够直接与之沟通和交流的人类学家所掌握的东西。后者则不属于任何一种“民俗体系”（folk system），它是社会科学家的分析工具，是“社会学家和社会人类学家多少凭借科学方法创造出来”的概念体系。[43]波赫南认为，西方法律学固然发达，但它仍然是一种“民俗体系”，如果无视这一点，而把它当作“分析体系”（analytical system）来运用，势必导致对于研究对象的曲解，而陷于种族中心主义。在指出这一点时，波赫南想到的首先是格拉克曼。他在一篇文章里整段地引录格拉克曼的著作，批评后者不是把他研究的印第安部落的观念译成英语，而是反过来，把西方的法律概念译成这个部落的语言。在波赫南看来，这种“逆向翻译”（backward translation）的作法正是人类学研究的大忌。[44]

面对上述批评，格拉克曼在两个方面作了辩解。首先，他认为自己和波赫南一样，把尽可能详尽和细致入微地描述所谓“民俗体系”视为人类学家的第一要务。此外，他们也都同意，必须设计一些术语，以便对各个“民俗体系”中概念和程序上的异同点进行比较。不过，由此引出了另一个问题，即大家要比较的究竟是什么。格拉克曼认为，波赫南只是要比较“民俗概念”（folk conceptions）本身，而他却像大多数社会人类学家一样，旨在尽可能清楚地说明特定民族使用的概念，然后依据其经济和社会背景去解释何以这些概念是这样，以及，它们如何有别于其他民族使用的概念。[45]按照这种说法，波赫南只要

忠实地描述概念，格拉克曼却要更进一步，分析包括概念由来的整个社会。两位人类学家之间的分歧，首先与他们意欲比较的对象有关。

对象选择上的差异同时表明了两位人类学家更深一层的冲突，这里，冲突涉及到对概念和范畴一类语言现象的基本评估。简单地说，波赫南对于概念以及文化据以建立和依据范畴将现实予以归类的方式最感兴趣，他甚至说："适宜的研究主题——事实上唯一可能的研究主题——就是……概念"。[46]因为在他看来，"语言并不仅仅是文化的一个部分，而且还是全部文化的反映。更重要的还在于，它可能还表明了整个文化的组织"。[47]格拉克曼则不同，他把法律的概念和原则仅仅视为法律制度的一个部分，它们只是法律制度内可操作的工具，而非全部组织的反映。因此，他所关注的就不是概念和范畴，而是法律制度（其中包括法律观念）与其他社会制度之间的关系。上述关于分析语言选择上的分歧实际渊源于此。[48]格拉克曼认为，既然用英语写作，使用英语词汇和术语便属当然。不仅如此，作为分析的工具，业经西方法律学提炼的概念和范畴显然比部落法律语言更加适宜。[49]然而，这种将西方社会人类学语言与西方法理学语言混为一谈的作法正是波赫南竭力反对的。为了尽可能地避免曲解和误解，后者甚至设想一种全新的、不属于任何民族的语言，一种可以名为"公式翻译"的语言或是某种"计算机语言。"[50]

详细分析上述各种论点并非本节的主旨，我们要做的毋宁是以之为背景来讨论那些真正值得注意的问题。

首先，区分两种语言，指出西方法律学概念体系的"地方性"（借用格尔茨的说法。详下）是绝对必要的。关于这一点，

我们只要指出语言——从思想的方式一直到思想的内容——的有限性和历史性就足够了。只是，我们因此也否定了某种“理想”语言的可能性。当然，设想一种“计算机语言”是可能的，但是在经过这种“语言”翻译和过滤之后，那些原来饱含历史文化意蕴的范畴和概念还能剩下些什么呢？实际上，我们应该寻找的不是某种绝对普遍的语言公式，而是超越个别、达到相对普遍的途径。

其次，如果一种全新的不属于任何民族的语言已经被我们判定为无效，那么，波赫南所说的那种作为社会科学家分析工具的语言又意味着什么呢？它真的能够独立于任何一种“民族的”概念体系之外吗？的确，法律学的概念与人类学的术语颇多不同，仅就这一点而言，我们也可以承认，法学家与人类学家使用的语言不同。但是就语言的真正界限来说，它们只有程度上的差异。当然，我并不打算否认这种差别的意义，比如，在比较研究中论及某种原始法律时，刻意选择某些“中性”词汇如交易、协议、债、移转、利益等，[51]应该能够在一定范围内减少误解。只是这并不表明，使用这种语言就可以保证我们达到完全“客观”的认识。问题在于，如果某种社会现象本身就不是中性的，那么用一套“中性”的言辞还可以恰如其分地描摹出它的真实面貌吗？况且，我们可以在承认语言本性的前提之下设想一种纯然“中性”的语言吗？实际上，即使在人类学家中间，关于“中性”的语词的判定也是各不相同的。我们在下面还会看到，某些被认为是“中性”因而具有普遍性的概念，比如权利，实际上就很可能最缺乏“中性”。尤其是当人们因为相信语言的“中性”而停止反思的时候，他们的语言就将变成最隐蔽的前见。

最后，让我们来考虑所谓“翻译”问题。一般地说，理解并不一定就是“翻译”。比如，我们可以学会一种语言，用那种语言思想和交谈。但是在历史学家和人类学家，理解活动恰好必须以“翻译”形式表现出来。显然，这里总是同时存在着两种不同的语言，而对于真正的理解来说，这是一个机会，一种可能，同时也是一个陷阱，一种危险。波赫南指出了一种危险，那就是把自己的偏见投射到研究对象之中，他称之为“逆向翻译”。然而要真正破除“逆向翻译”，却又不是简单地“反其道而行之”可以奏效。有助于理解的翻译不但要求熟悉和尊重研究对象的语言，更要求时时反省自己使用的语言，包括所谓分析语言。**理解就是在两种语言的不断交谈和互相提问之中慢慢显露，在我们对自己语言的不断检验中间逐渐达到的。**

毫无疑问，语言问题在人类学研究中总是以突出和鲜明的方式表现出来，这就是为什么，我们关于语言的实际考察是从一场人类学上的论争开始。在其他一些领域，语言问题似乎没有引起这样多的关注和争论，但是实际上，它的重要性和普遍意义并不稍减。下面我就要用一个切近的例子说明这一点。

在研究中国历史和文化的人中间，以现代汉语为其研究语言的人显然身在某种复杂微妙的境地。从广义上说，他所面临的不是两种语言（像西方人类学家通常遇到的那样），而是三种语言，特别是，这三种语言的界限通常并不清楚，而这意味着，研究者的前见以及由此构成的视域经常是难以辨识和意识到的。

现代汉语是这样一种语言，一方面，它脱胎于古代汉语，另一方面，它又在很大程度上为西方语言（文化）所渗透。不用说，今日流行的汉语词汇（尤其是学术语言）绝大部分是由古

汉语中的材料结构而成，只是其现代含义往往去古甚远，以至形同（包括音同）而义异的情形极其普遍。这里，“同”固然是古今之同，“异”却不仅是古今之异，同时也是中、西之异。只因“异”在“同”中，众人习焉不察，古、今、中、西的历史文化界限遂极易遭到混淆。比如，即使完全不曾接受所谓“西学”训练的学者，也一样运用诸如国家、法律、宗教、道德、哲学一类概念和范畴，且视为当然。在此背景之下，更有大规模的“逆向翻译”：法制史家以罗马法上的术语和分类梳理中国古代法；[52]史学家用西方历史分期法去确定中国历史的发展阶段；[53]语言学家则以全部西洋文法来分解汉语材料。[54]凡此种种，不论其本身可能包含有怎样的积极意义，终究是对于研究对象的歪曲和肢解。问题的症结在于，研究者没有意识到自己视域的有限性，误将个别性当作了普遍性。这里，我不打算一一追溯造成这种结果的诸多历史的和社会的原因，我只想说，现代汉语那种介乎古、今、中、西之间的特殊性质无疑促成了这一结果，而且，也是因为它的这一性质，语言问题带给我们的困窘明显地增加了。

在此情形之下，我们可能有什么样的选择呢？回到古代语言中去，或者，干脆改用最适宜表达现代概念的西方语言？不！即使这是可能的，肯定不是应该的。因为那样做的最好结果，无非是变成古人或是西方人。然而，身为后者，我们依然面对语言问题，作为前者，我们则失去了借助于另一种语言认识“自己”的机会。这里，我们不妨重申这样一个真理：语言是陷阱，同时也是机会。只有在不同语言的交谈和提问中间，我们才可能超越自己、接近于理解。如果说，语言的不同造成人类相互理解的困难，那么，了解到语言的规则却使人类彼此间的沟通

真正成为可能。正是在这样的意义上，我们也许可以乐观地下一个判断：现代汉语的微妙性质一方面增加了误解的可能，另一方面也带来了更多的理解的机会。比如，通过对“国家”、“法”、“权利”一类概念的语言-文化分析，我们很可能发现一条深入历史文化、洞悉其中奥秘的路径。[55]这是因为，这种建立在现代用语批判基础上的分析，同时包含了对三种不同语言—文化视界的检视，它使得我们不但能够借现时代的光照烛明历史的幽暗、辨识文化的面貌，而且能够通过与流传物“攀谈”，真正了解自己立场的局促。这是一场语言的碰撞，它源自我们对于语言的意识，而终将导向富有意义的理解。

在结束关于语言问题的实际考察之前，我们还应当回答另一个问题，一个在波赫南和格拉克曼之间引发争论的根本问题：如何评估语言与文化的关系？其实，以上就语言所作的全部讨论都与此有关，我所采取的立场也已在上述讨论中申明，因此，这里的问题毋宁是：适宜的乃至事实上唯一可能的研究主题就是概念吗？毫无疑问，研究像古代中国这样发达的文明，固有的概念体系将是我们最好的导引。首先，在我们要去探求的这个陌生世界里面，文献资料始终是流传物中最重要的一部分；其次，作为语言与文化的联结物，概念和范畴体系处在文化的核心位置，我们不妨视之为文化的密码，破解这套密码，我们就可能了解到文化的秘密；最后，所谓语言的碰撞，理解中的“翻译”，首先表现在概念和范畴的重新审视和定位上面，而这是我们获致理解最重要的途径了。尽管如此，概念仍然只是我们研究的导引，而非研究的全部或唯一对象。我们的对象乃是符号，是为人创造更且创造了人的意义载体。这是一个极其复杂的世界，即使概念体系里面浓缩了文化的全部意蕴，单就概

念来研究概念，我们仍然不能够探知文化的底蕴。所以，我们要做的应当是先在概念的导引下进入历史，然后又在古代符号世界的全部丰富性里面去了解概念的真正含义。这是一个解释学上的循环，靠了这种循环，我们就有可能达到理解。

文化模式的概念

如果我们承认，在历史中形成并且由传统串连起来的文化不是一团乱线，而是有章可循，各具面貌，那么，文化模式的概念就可能是有效的。当然，实际情况要复杂得多。为了能够富有成效地运用这一概念，我们须要预先给它一个尽可能明确的界说。

比较严格意义上的文化模式概念，首先是同露丝·本尼迪克特（Ruth Benedict）写于本世纪三十年代的一部同名著作联系在一起的。在这部以三个印第安部落为研究对象的著作里，本尼迪克特运用了一种新的说明文化的方法。她把文化视为统一的整体，一种受某种模式支配并且通过社会整合作用构成的统一体。就这一点来说，文化犹如个人，或多或少具有固定的思想和行为模式，它是个人生活于其中并且须要与之保持一致的东西。

本尼迪克特的尝试获得了很大成功，但是这并未使她免遭当时和后来人们对她的批评。主要的批评是，把一种整体文化绝对地归结为某种特殊类型，这种作法过于简单，并将导致对材料的曲解。不过，即使是批评者也都承认，一个不那么囊括一切的类型观念对于说明生活风格的内在一致性是有效的。毕

竟，文化并非各种不同风俗的容器，它是一套彼此关联的符号系统，人们拥有这套符号以便获得某种一致的和有意义的生活方式。总而言之，那种渗透于整个文化之中的符号和行为的主旨是真实存在的。[56]我们不妨把这一点看成是文化模式概念的第一项特征。

文化模式概念的另一项特征与文化相对主义有关。把价值相对立场引入文化研究，原来就是一项应当归于现代文化人类学的重要功绩。本尼迪克特更是坚持这一立场。她认为，个人自由虽然有限，文化自由却无限制，因此，文化模式的变化形式几乎是无限的。不过，具体到一个部族、一种文化，其选择总是极其有限的，正是这些有限的选择构成所谓文化模式。不同的文化模式之间差异极大，甚至截然对立，但都不乏自身合理的因素。如果我们想要了解一种文化，了解生活在这种文化中个人的思想和行为，那就必须从这里入手。这时，我们不禁要问，构成文化类型的那些文化选择本质上是什么？我们又根据什么来辨识所谓占据支配地位的模式呢？

弗兰兹·博厄斯(Franz Boas)在为他的学生撰写的序言里简明扼要地指出了《文化模式》一书的方法论特征。他说，本尼迪克特对于个人与文化间关系的理解乃是建立在一种对文化本质的深刻洞见和对统摄个体及群体行为的态度(attitude)的了解上面。因此之故，她把文化的本质叫作文化的构形(configuration)，并以渗透了居于支配地位的观念(idea)的文化为例来说明这一点。博厄斯总结道：

> 就其旨在揭示基本态度而非诸文化细目之间功能关系这一点来说，这种方法不同于说明社会现象的所谓功能方

法。一般构形在其存续期间制约着变化的方向，后者则始终受制于彼，倘非如此，构形便不具有历史性。与文化内容的各种变化相比较，文化构形通常具有明显的恒久性。[57]

这种主要由观念、态度入手，注重文化构形支配地位的研究方法，表明了一种有别于功能主义的文化观，这一点构成了文化模式概念的第三项特征。现在的问题是，被如此界定的文化模式概念是否可以被引入历史研究，如果可以，它又具有多大程度的可适用性。

事实上，早在本尼迪克特将这一概念用于人类学研究之前，已经有人在历史领域中做过类似的尝试。在1919年出版的一部历史哲学著作里面，斯宾格勒（Oswald Spengler）引人注目地把文化和文明概念运用于历史研究，并且提出了“文化形态学”的新范式。依此，不存在统一的全人类的历史，只有各个文化的历史；不同类型的文化各有其精神、象征、观念和命运，它们因此具有同等的重要性；研究文化不能只注意细节，而必须考察其形态，只有这样才能够了解文化各个部分之间的内在联系。[58]后来，就是这种历史观启发了本尼迪克特，帮助她用完形分析方法从整体上去说明文化。值得注意的是，比斯宾格勒稍晚而较本尼迪克特更早，一个中国人也做了几乎是同样的事情。这个人就是梁漱溟。

在1922年出版的《东西文化及其哲学》一书里面，梁漱溟把文化定义为“民族生活的样法”，而所谓“生活”乃是“没尽的意欲（will）”及其不断的满足与不满足。民族间“生活样法”的差异被归因于不同的“意欲”，于是，了解文化源头上的

"意欲"遂成为文化研究的关键。[59]

显然，"意欲"是一个民族的主观偏好，它实际是那种与本尼迪克特所谓"文化选择"相近的东西。因为在梁漱溟那里，生活是共同的，不同的只是"生活的样法"，"进一步说就是生活中解决问题方法之不同"。[60]仔细辨析生活的样法、意欲或生活中解决问题的方法，梁漱溟便得出了三种有代表性的不同形态的文化，那就是"西洋、中国和印度的文化"。[61]这里，观念和态度决定了生活的感受和欲求，赋予生活以意义，由此分别出不同的世界。一个完整的文化模式概念已经呼之欲出。对此，人类学家会说什么呢?

本尼迪克特对斯宾格勒的主要批评在于，由于西方诸文明本身具有的高度复杂性，想要以几个关键字眼来概括它的尝试便注定不能够成功。因此，不论斯宾格勒的立场和假设如何地真实和具有价值，他的分析必定不能令人满意。[62]显然，同样的批评完全适用于梁漱溟。不过，正好比后来的人类学家在批评本尼迪克特的同时有所保留一样，后者对历史哲学家的批评也不是绝对的。本尼迪克特承认，文化模式的概念和方法并非只能用于原始文明研究，即使是最复杂的社会也一样可以运用完形分析法，只不过，这里的材料过于复杂微妙，因此难以处理罢了。[63]因此，我们的问题不是放弃还是保留这一概念，而是如何有效地运用这一概念。

首先，当我们使用诸如文化的性格、法律的精神一类说法的时候，我们心中肯定存有类似系统、结构这样的概念。事实表明，系统一类概念对于任何卓有成效的文化分析都是必要的。但是，系统并不就是整齐划一、完美无缺的同义语。格尔茨曾经严厉批评了文化研究中寻求完美模式的唯理主义倾向。照他

的说法，“文化分析并不是对文化的基本统相（basic configurations）展开英勇的‘整体性’（holistic）进攻，或找出一种概括一切的‘诸模式之模式’，从中推导出规模较小的统相，而是从中理出一些有含义的符号、符号群以及由符号群组成的更大符号群——这些传递知觉、感情、理解的媒介物——并对隐含在这些符号形成过程中的基本人类经验的常规现象作出说明”。[64]其实，格尔茨并不否认文化中的秩序，但他宁愿把这种秩序比作“章鱼式”的系统，其中，“一部分是整合的，一部分是相忤的，一部分是彼此独立的”。[65]

显而易见，人类学家的这种审慎，在历史研究者更是必须要具备的。因为，历史学家面对的通常不是一个村镇或者部落，而是在广袤时空中展开的文明，那里的人民无以计数，那里的社会高度分化，那里的思想极其复杂。对于这样一些庞大而遥远的世界，我们一向所知甚少，又怎么可能用寥寥数语去刻画它们的特征？尽管如此，我们确知存在着不同的世界，它们的面貌各不相同。历史研究的任务之一就是要辨识和描绘出它们的面貌。为此，至少在原则上有些因素和策略是必须考虑的，比如：

1. 时间性。时间意味着变化，即使最稳定的文明也经历着时间中的巨大变迁。因此，用任何一个时代的风貌去概括全部历史都是不明智的。然而，变中往往有不变，恒定的价值很可能是在无数变化、论争的后面延续下来，它们构成历史的主题，成为绵延久远的传统，因此，也可以被视为整个文化的倾向或特性。这里，时间不是变化无定的因素，相反，它印证了传统。当然，并不是每一种文化的每一个方面都蕴含了这样的主题，但是寻找和印证这样的主题肯定是值得努力去做的一件事情。我

们在时间中看到的，不但是历史的丰富性，也是文化的固定性。[66]

2. 区域性。千里不同风，百里不同俗。空间的广大肯定是造成文化差异的一个重要因素。不过，异同均是相对的概念，这里的情形与我们在时间中遇到的大致相同。用某一个区域文化的特征去概括地说明更大地域的文化现象固然不可，但是地域间的差异并不是我们发现具有更大普遍性价值的绝对障碍。历史上统一的帝国，划一的管理，渗透了同一种精神的政制和法律，通行的语言和文字，以及颇具示范作用和号召力的文化风尚，这些都是造就共同传统的有力因素。只是，在试图做出更大概括的时候，我们必须慎之又慎，认真考虑区域文化的差异及其相互关系。不用说，以时空为纵横坐标来探查和检验我们关于文化特征的假设，一方面会大大增加论证的困难，另一方面也有助于使最后的结论更具有说服力。

3. 循环解释。事实上，我们通常并不是一般地谈论文化及其特征，而更多是讨论它的某些方面：文学、艺术、宗教、哲学、法律、建筑、医学、语言，等等。毫无疑问，离开这些具体有形的领域即无所谓文化，但在另一方面，除非我们对于作为整体的文化有所了解，文化的这些部分也都无从认识。这是因为，在每一文化内部，不同的部分和方面不但彼此关联和互相渗透，而且共享和体现着文化的一般精神。所谓文化就是这样一个层层叠架而又互相包容的复杂和庞大的系统，其真实意义只能在不断地从整体到部分、再从部分到整体的循环往复中得到说明。

4. 符号互证。文化的天地即是符号的世界，文化研究因此直接地指向符号。符号依其形态而有不同的类别，比如有地下

的与地上的，言辞的与行为的，文字的与物件的，等等。符号的互证就是要在不同类别的符号中求普遍的意义。在这方面，可以说符号互证的范围与求证意义的普遍性程度成正比。当然这并不意味着任何可以称为文化特征的东西都必须取得同样广泛的支持。不同类别符号的相对重要性取决于所验证的问题的性质。比如，考察“权利”观念的状况，就应当主要集中注意于思想、制度和行为三个领域，而把整个宇宙秩序的“和谐”设定为一个文化的追求物，就不仅要考察上述三个领域，而且要关注语言、哲学、审美、艺术、建筑等更多方面的发展。[67]我们固然不会去寻求能在所有种类符号中得到一致印证的“模式”，但在可能的范围内，我们应该为每一项结论和概括求取尽可能广泛的证据。

5. 层次分析。古代文明与原始文化的一个重要差别就表现在社会分化的程度方面，文化模式概念所以不容轻易用于历史研究也是如此。由于社会分化的缘故，同一社会内部存在着不同身份、地位的群体以及有时是互相冲突的价值体系，这种情形虽然在不同文明里面表现不一，但却是普遍的。面对这样一种复杂图景，我们意识到审慎的必要，同时也不会放弃综合文化特征的尝试。因为，人们通常所说的大传统和小传统、精英文化与民间文化等，并不是一套僵死不变的对立范畴，它们的关系在时间中发生变化，而且，即使是在一种固定的情境里，我们也很难只用冲突、对立一类词句去形容这种关系。也许，其中有某些方面呈对立之势，另一些方面却互相支持，还有些方面可能并无关联。而想要具体讨论和说明这些关系，进而判定其意义，那就要提出问题。只有在明确合宜的问题面前，不同层次文化的相对关系才可能突现出来。所谓文化的特征或者倾

向，应当在这些复杂的关系里面得到说明。[68]

自然，以上所述并非一套确保“文化模式”有效的规则或技巧，但是它们至少能够帮助我们尽可能避免得出轻率的结论。

可以由文化模式概念中抽取的另一重要原则是所谓文化解释。我用这个词在这里是指那种强调占统治地位的观念、心态和思想模式因而区别于功能主义的历史解释。本尼迪克特的《文化模式》即是运用这种解释的一个范本。只是，我并不想把这种模式简单地移用于历史研究。由于上面已经说明的原因，这里不容我们用一句话、一个公式或几个关键性的字眼作出最终的概括，然而这并不是迫使我们放弃文化解释的充分理由。如果我们承认人类的存在和延续系于文化，承认人在创造文化的同时亦为文化所创造，我们就不可能满足于单纯功能主义的解释，更不能想像一群脱去文化包裹的纯粹理性人的行为。那种具有渗透和支配作用的观念、心态或者普遍价值是真实存在的，尽管它们并不是能够解释一切的和唯一的原因，而且其本身也需要加以说明，但却肯定是任何有价值的历史解释中必须要认真考虑的东西。特别是由于文化与语言的联系，由于其“任意性”，它实际上是制约社会变迁的一项重要因素，是历史研究中须要格外注意的“长时段”。关于文化解释在历史研究中的应用及其价值与限度，我在下面还要予以适当说明，这里只是要强调，人总是生活在他们自己建构的意义世界之中，因此，文化解释也总是必要的和有益的。

文化模式概念包含的最后一重含义是把文化当作类型来把握。实际上，它一向看重的观念、心态和价值体系也是在类型学的意义上被理解的。这种立场与传统的进化论解释有着根本

的不同。依此，文化的差异乃是基于不同的选择，而选择又总是有限的，因此，文化的合理性首先应当由其自身加以认识。并没有一种普遍的模式可以用来说明所有的文化特征，更不可能用一种放之四海皆准的法则或真理去度量和要求形态各异的文化。梁漱溟先生曾经用浅显生动的比喻来说明中国和西洋两种文化形态上的差异。他说：

> 假使西方化不同我们接触，中国是完全闭关与外间不通风的，就是再走三百年，五百年，一千年也断不会有这些轮船，火车，飞行艇，科学方法和“德谟克拉西”精神产生出来。这句话就是说：中国人不是同西方人走一条路线。因为走得慢，比人家慢了几十里路。若是同一路线而少走些路，那么，慢慢的走终究有一天赶的上；若是各自走到别的路线上去，别一方向上去，那么，无论走好久，也不会走到那西方人所达到的地点上去的！[69]

我们在中国古代法和罗马法的对比中看到的也是这样一种差别，而且，我们也像梁漱溟一样，首先把中国和西洋两种法律视为不同的类型。它们代表了法律发展中的两种“路向态度”，而不简单是社会发展的不同阶段。

总结上文，我们可以得出这样的结论：只要运用得当，文化模式的概念对于历史研究就不但是可能的，而且是必要的。只是这里还有可能存在着一个问题，即如果我们将文化按照类型加以分类，并且取消了划一的评价尺度，我们最后将依据什么来进行比较？这个问题固然与比较的方法和策略有关，但它首先涉及的却是一个具有根本性的问题：不同类型文化的比较如何可能。

比较及其方法

最近百余年来，比较方法得到广泛运用，以至出现了许多冠以“比较”之名的学科，如比较宗教学、比较史学、比较法学等等，然而这并不意味着，比较的方法只是在这些领域才是有益的和必不可少的。实际上，比较乃是思维本身的一项特征，是人类认识和理解世界的基本手段。正如斯旺森(Guy E. Swanson)所说：“没有比较的思维是不可思议的，如果不进行对比，一切科学思想和所有科学研究，也都是不可思议的。明显的和含蓄的比较充满了社会科学家的著作，并且从一开始就是这样：角色之间的对比，组织之间以及社团、机构、会社和文化之间的对比，任何人都不应该为此感到惊讶。”[70]因此，我们的问题并非是否应当运用比较的方法，而是如何运用之，以及怎样解决历史研究过程中由比较方法引发的各种问题。

显然，“类型”本身就是一个比较性的概念。所以，当我们谈论**文化类型**及其不可“通约”性时，我们似乎立即陷入某种自相矛盾之中：我们只能够**比较地**思考和谈论文化类型，但是所谓类型的差异却意味着某种**不可比性**。实际上，这两个方面都是真实的，但其意义并不相同。从类型学的立场出发，自然要反对任何以一种模式强加于历史上不同民族、文化或文明的作法。仅就这一点而言，不同类型的文化是不可比的。然而，我们又确实能够通过比较来划分文化的类型，这时，可以作为依据的不是任何一种进化法则或图式，而是人类世界的一般性，是人类生活的共同性，以及在此一般性和共同性背景之下发生和

发展起来的各个特殊形态。说得更明确些，人类面临许多基本的和共同的问题，但是在不同时期不同地方，人们理解这些问题的立场、对待这些问题的态度和解决这些问题的方式并不相同。这就是所谓文化选择，围绕这一过程，产生了不同的意义世界。历史中的人永远并且只能生活在他们各自的意义世界之中。

所谓人类面对的基本的和共同的问题，首先是指那些直接构成人类生存条件的东西：个体与群体的关系，人与自然的关系，性别之间和世代之间的关系，秩序、组织和权威，生老病死的问题，冲突、战争与和平，等等。其次，在稍小的范围里面，基本的和共同的问题还可能具体表现为文字符号、公共权力、人对于物的支配、市场、阶级、城乡关系等所谓文明现象。这些问题一方面成为不同层次上文化普同性的促成因素，另一方面也是不同文化形态发生于其中的背景和条件。文化解释并非不注意古代文明诸多表面的相似和相近之处，但它显然更关注不同人群看待和处理诸种共同问题的态度和方式，尤其是那些隐蔽在共同表象之后的有意味的差异。因为持这种立场的缘故，比较的方法在这里就成为一种认识特征和揭示意义的有效手段。[71]

在社会科学家那里，比较方法有着多种用途，比如，通过比较去发现社会运动规律就一直是许多社会科学家为自己确立的庄严使命。而对于一种强调文化选择和发掘意义世界的历史解释理论来说，这样的目标是不恰当的。班迪克斯（Reinhard Bendix）说，比较研究的目的是要“通过对照的方法突现某一结构形态。因此，欧洲封建主义可以通过比如同日本封建主义的比较而得到更加鲜明的界定；西方文明中教会的重要性亦可以

通过与未曾发展出可资比较的教士传统的文明之间的对比更清楚地认识”。[72]从这样的立场出发，选择比较的单位就主要是依据“差异最大化”原则。因为由同一系列两端构成的对照，最能够揭示彼此的面貌特征。格尔茨在一部讨论现代伊斯兰国家宗教发展的书里曾经就此作了很好的示范和说明。他在题为“两个国家，两种文化”的一章里解释说，他之所以在众多案例中单选出印度尼西亚和摩洛哥作比较的单位，是因为它们具有某种彼此对立的性质。他这样写道：

> 它们最显明的相似在于……它们同属一种宗教，然而这一点又是，至少从文化上说，它们最显著的不同。它们立于古典伊斯兰文明狭长地带的东西两端，这个起源于阿拉伯的文明沿着旧世界的中线延伸而把它们联接起来。处在这样位置上的这两个国家，曾以颇不相同的方式且在颇不相同的程度上参与了这个文明的历史，其结果也大相径庭。它们都向着麦加躬身致敬，但是，这穆斯林世界的两极，它们朝着不同方向礼拜。[73]

当我们以西方文明为参照物去说明中国文化诸项特征的时候，我们采用的也是这一种策略。当然，并非所有类似的比较研究都是可以称道的。真正富有成效的比较研究不仅要有意识选择合宜的策略，而且必须自觉地遵守比较的规则。规则是一般性问题，它不但包括分类，也包括标准的择取和运用。

我们可以从不同的角度、为不同的目的就研究对象进行分类，而这并不意味着分类可以是随意的。作为一般原则，分类必须贯彻标准的同一性，比较单位的确定应该保持在同一水平。此外，分析单位必须适合于研究者提出的特定理论问题，应与

被研究的现象有确切的因果关联，还应该反映与其有关资料的可利用程度，等等。[74]举例说，在国别的水平上，我们可以国家法（比如英国法与美国法、甚至英国法与法国法等）为比较的单位，但是使用法系的概念，我们就必须跨越国家单位，而谈论所谓“民法传统”或“普通法传统”。如果再进一步，从整体上去把握一个文化或是文明，比较的单位就应该是比如中国法和西方法。当然，我们也看到，把“西方”当作一个分析的单位，越来越容易受到历史学家的责难。人们谈论古典文化和西方文化、古典文明与西欧文明，或者，罗马文明与日耳曼文明，而反对使用诸如“西方文明”这样笼统的概念。然而，即使承认这类批评不无道理，我依然以为有理由坚持“西方”概念的有用性，而这归根结蒂取决于我所采取的立场和方法的有效性。比如，当我们并不是一般地研究法律规则及其演变，而是深入其后其内，由法律上最具持久性的范畴、分类和概念入手，探求在根本上制约着法律发展并且赋予其意义、决定其形态的包括语言、文法和世界观在内的一整套文化前提，并且用它来跟比如中国古代法的传统相比较，那时，把希腊—罗马以降的西方历史划分成不同类型的文明就是不恰当的了。这里，问题不在于过去两千年里面西方世界是否经历了巨大变化或者这些变化的意义是否重大，而在于相对于我们所提出的理论问题，真正有意义的分析单位应该是什么。如果我们确实能够在诸多变化之中发现某种一以贯之的特征或具有持续性的倾向，我们就可以在同样范围内和程度上确立有效的分析单位。[75]

总之，选择和确定比较单位或分类既不是任意的，也不是固定不变的。在遵守各项规则的前提下，可以有灵活的分类方法，而适当合宜的分类肯定是真正富有价值的比较研究的必要

前提。下面，我将换一个角度，用法律研究中的一些实例从反面去说明比较及其方法中的若干问题。为了方便起见，我只在比较法领域内择取材料。

颇有影响的法国比较法学家勒内·达维德(Rene David)在《当代主要法律体系》一书中按“法系”将当代法律分为四大类：1）以欧陆国家为主体的“罗马日耳曼法系”；2）以前苏联及东欧诸国为代表的“社会主义各国法”；3）以英、美为首的“普通法”和4）包括伊斯兰法、印度法、远东和非洲各国法的“其他的社会秩序观与法律观”。在这个分类里面，区分1)、3）两项的标准是技术的，而所谓“社会主义各国法”的提出却主要是出于对政治因素（意识形态）的考虑。最后一类包含诸多“法系”，明显是一个“大杂烩”，它们唯一的共同点是其历史渊源上的“非西方”性质，就此而言，把它们与前三种法系区分开来的标准又是“文化的”，尽管它们自身在文化上彼此没有关联。这种标准前后不一的作法不但造成分类上的混乱，而且还隐约透露出一种西方文化中心主义的倾向。这种倾向在另一个比较法学家的用语里面表现得更加清楚，他把“三大法系”之外的所有其他法律制度归为一类，称之为“补充”法系，从而完成了和达维德几乎完全一样的分类。[76]值得注意的是，包含在法系分类中的问题，相当典型地表明了比较法研究在理论上的幼稚。

作为一个主要是在本世纪获得发展的学科，比较法与人类学颇多相似之处。比如，它们都是十九世纪以降社会变迁和社会交往扩大的副产品，它们都把触角伸向外面广大的世界，它们都努力想在不同国家、民族和文化之间起到认识、了解和沟通的作用，为此，它们也都把祛除偏见视为己任。不幸的是，无

论在哪一种意义上比较法都没有取得人类学已经获得的那种成就和认可，甚至，比较法究竟能否成为一门独立学科至今仍然是有争议的问题。这种与比较法学家工作和抱负极不相称的局面首先是由于缺乏理论建树所致。

对理论问题的轻忽并不能取消理论的必要性，它只是把比较法学家们置于常识和流行的偏见支配下罢了。这时，研究者便经常地面临落入各种“陷阱”的危险，而这类陷阱正是人类学家在高度的警觉里面借助于各种手段尽力要避免的。[77]

比较法上最常见的迷误是观察者把现成的观念和概念与普遍真理混为一谈，而这几乎没有例外地表明了一种西方文化中心主义的立场：源于西方历史和经验的理论、范畴、分类和概念被由特殊提升到一般，成为普遍适用的标准。甚至用来为这种立场辩护并且实际上掩盖了各种偏见和狭隘观念的那套实证主义理论也首先是西方的。这种理论假定，比较者可以是纯粹的观察者、客观的分析者和中立的评判者。弗兰肯伯格（Günter Frankenberg）把这种认识论模式恰如其分地称为“认知控制”(cognitive control)。[78]在下面一节里，我们将看到一个相对完整的“认知控制”的事例。

一个“认知控制”的例证

1989年出版的《中国与西方的法律观念》一书，其主旨是要“对基本的法律观念开展系统的研究。并根据这些根本性的原则对中国传统法律加以阐释。”[79]那么，这些“基本的法律观念”和“根本性原则”实际是根据什么标准、从哪里得出的呢？

据作者说，它们是“法哲学”特定的思考对象，是贯穿法理学历史始终的东西，确切地说即是“自然法、衡平或正义、权利以及责任等观念”。[80]任何一个对西方法哲学稍有了解的人都知道这些概念出自哪里，但是该书作者却认为，它们也是包括中国在内的“各个法系共同的基本原则”。[81]尽管如此，他到底不能够否认这些观念首先是出于西方法哲学这一事实。因此，具体的研究步骤就被这样说明如下：首先，“用西方法哲学的基本法观念作研究参照，对中国的法哲学进行系统研究”。然后，考察中国历史文献，以“阐明中国传统法律思想中上述观念的性质及其内涵。”最后，以《唐律》和《大明律》为根据来证明这些观念实际是“中国法律发展中的根本性原则”。[82]

在探究中国传统法律思想时以西方观念为参照物，这种作法本身无可非议，但是预先假定西方法哲学上的基本问题同时也是中国传统法律中的根本原则，且奉为研究的指南，这就可能对真实的和完整的中国历史视而不见，最终只描绘出一个附在西方概念框架上的残缺不全的“中国文化”。那么，这位作者究竟能在多大程度上意识到并且成功地避开这一种危险呢？

在讨论“中国法观念”的第一章里，作者首先引述了两种当代西方法理学上的法的定义，并由此追溯到古代罗马自然法理论最杰出的代表人物西塞罗，进而引出西方法律思想史上最为持久、影响至为深刻并且是能够表明西方思想特征的一对范畴——自然法与实在法。紧接着，作者断言中国传统中“法”这个词也有两种含义，即由老子、墨子和孔子阐明的“理想的法观念（自然法）”和为法家所强调的“实在的法观念”，据说它们正好构成中国法观念发展上的两个阶段，而这与西方乃至人类法律的发展简直合若符契（详下）。就是为了追求所有表面的

相合，作者毫不犹豫地牺牲了那些不合用的史料。而最让人惊讶的是作者举证的草率，这与他判断的大胆是成正比的。比如，他未加任何论证便说："'灋'这一字所显示的法的根本上的意义，可以说是对理想的法观念，即在儒家传统中作为人们行为正确的或适当的标准或范式的法的概括。"[83]又比如，只由"人法地，地法天，天法道，道法自然"一段话，作者便肯定说老子的学派主张"自然秩序是人的范式（法）。"[84]在这种对于老子自然观的误解里面同时包含了一种对于法律起源问题的轻率态度，即笼统地以"人治的观念"来概括无论东方还是西方"法理学"发展初期具有的一般特点。[85]事实上，恰好是在法律起源问题上，我们可能发现中国古代法的若干重要特征及其说明。比如，正好与作者所说的相反，同几乎所有其他古代文明形成鲜明对照的一点是，中国古代法并不具有神圣的渊源，更与"神的意志"无关。[86]部分地因为这个缘故，"法"的概念在中国古代思想体系里面明显地受到抑制，而这同时也意味着，古代不同派别和不同时期的思想家们关于"法"的认识有着相当的一致，甚至这成为古代（尤其是先秦时期）各种有关"法"的论争得以产生和进行的一个前提条件。相反，要发现和证明有一种与法家的"法"观念对立而贯通儒、道、墨思想的"法"观念，实在是一件十分困难和勉强的事情。当然，这些困难在作者那里几乎都不存在，对他来说，结论是现成的，它不但包含在假设里面，而且出于他想当然的前提。他在这一章的结尾处写道：

在文明从初期到现代的历史发展中，当社会由以家庭、家族或部落体系为基础发展到以个人主义为基础的工业现代社会，法律也在发展，从道德规范到习惯法，再到成文

的法律。按照这样一种法的发展的一般过程，传统中国思想中两种法的观念揭示了某种世界性的、哲学的法律原则。[87]（文中重点号为引者所加）

中国古代法的发展就这样被纳入到一个以西方法律发展模式构拟出来的统一图景当中，在那里找到了自己的位置和意义。

在接下来的几章里面，作者开始考察他所提到的那些法理学上最基本的概念：自然法、权利、公平和责任。这里，有些概念比如自然法明显是出自西方法理学，因此，强要在中国古代思想中找到与之相对应的概念，往往带出许多牵强附会的说法和意想不到的解释。

最早将自然法概念与中国社会联系在一起的大约是启蒙时代的法、德思想家，而自西学东渐以来，以中国传统法律思想与自然法观念相比附的更是代不乏人，不但法学家、哲学家如此，科学家亦视之为当然。只是，问到中国的自然法究竟为何，又不免众说纷纭，人各一义。这种情形与历史学家皆同意以西方史学分期（假人类社会发展规律之名）来划分中国历史，而对比如中国“封建社会”究竟始于何时的问题永远莫衷一是（可以是从“春秋说”一直到元代断限之说）的困局正相同。现在我们就来看一看眼下这位作者的意见。

作者分两步去求证中国的自然法观念。首先，他从自然法概念的固有（西方）特征出发，搜罗和检视了中国传统哲学中所有看上去可能与之有关的概念。如天、道、自然、命、天命、天志、性命、理等。这一次，他不再坚持道家自然法说，而认为“要在中国传统中找到与自然法更为接近的概念就必须转向儒家的思想传统。”[88]这时，他至少对老子的自然观有了比较中肯的认识。然而，在他执意要“发现”中国自然法观念的地方，

事情又被弄得古怪和费解了。

在诸多的古代概念里面，作者以为最能够表现自然法观念的主要有“天命”、“天志”和“性命”。然而“天志”只是墨子哲学上的一个术语，于中国法律思想传统影响甚微，而“天命”观念，就其与政治秩序发生关联这一意义而言，只是周代数百年间比较流行，因此，最有希望的概念就只是“性命”了。实际上，作者正是把朱子的“天理”与斯多葛派的自然法相比附的。[89]只是这样一来，中国的自然法理论被作者自己推迟了一千多年，因为孔、墨、孟、荀诸人的命与非命讨论原本与政治、法律秩序无关。与此相关的一个难题是，中国古代并不曾发展出与西方正义理论正相对应的那种政治哲学和法律哲学。朱子的理学就完全不是法律哲学，而主要是一套心性哲学。甚至作者自己也承认，“儒家传统中的‘性命’概念更多地是一种伦理原则，而不是法哲学中的自然法”。[90]无奈作者已经设定在先，这使他在策略上一味地求同，而有意将歧异忽略过去。比如，他已经看到“天命”中的“命”与自然法中的“法”并不相同，但是不愿深究下去，因为“天命”已经被理解为一种自然法了。[91]这时，明显的矛盾也被坦然地接受下来。一方面，作者坚称儒家的天、理如自然法一样是超验的，“天命”和“性命”都表达了“上帝赐予的一般规范”的观念，另一方面，作者又承认，依中国古代哲学固有逻辑，“天道”演变为“人道”，天之命令成为人之命令，甚至，“在中国古代，自然法就意味着人之法律”。[92]

在讨论了“自然法原理”之后，作者转而考察“自然法的实施方面”。这里的情况似乎更复杂，依作者的说法，在中国古代社会，有作为一般规范的自然法即仁义，有作为社会规范的

自然法即礼仪，还有作为价值标准的自然法即忠孝。[93]结果，我们在作者的描述里面看到了一个与社会现实完全合一的“自然法”，这倒印证了作者上面的那种说法：中国古代的自然法即是人法。然而，这时还谈论作为所有法系共同遵奉的“基本观念”和“根本原则”的自然法能有什么意义呢？的确，礼具有形而上（天）的根据，但这就能够表明礼的“自然法”性质吗？从现代人立场出发，我们固然可以承认礼亦是法，但这是实在法而非自然法。实际在古人那里，礼乐刑政皆出于天，礼乐刑政亦皆出于圣人！这里只有实在法，而从理想的和形而上的意义上说，它们也都是“自然法”，只是这个“自然”不是西方思想传统中那种理性的、逻辑的和服从神意的秩序，而是静默的、自在的、运行不已的和通过“自然”景象的变化呈现出来的宇宙。这是与自然法观念生长于其中的世界很不相同的另一个世界，而当作者“不自然”地强把它们捏合在一起的时候，他不但造出许多牵强的解释，而且忽略了这另一个世界中的大部分东西。[94]

与“自然法”概念一样吸引人的是“权利”观念，而要论证“权利”观念的普遍性，其难度绝不下于证明中国人也保有“自然法”观念。

像在第一章里一样，作者首先引述了《旧约》中的诫命和康德伦理学，然后为法律与权利和义务的关系定下基调：

> 无论道德还是法律，都以保护人的这些基本权利作为自己的明确目的。因此，作为人与人之间法律关系的权利和义务就应当被认为是相辅相成的，它们互为依存，缺一不可。道德义务和法律义务是以对权利的承认为前提的，而任何一种权利，如果其他人不能够为承认此种权利而履行

一定之义务，那么这种权利也无法得到保障。法律既创设了权利也设定了义务[95]。（文中重点号为引者所加）

这里所包含的法律观明显是出自西方模式，即它把法律首先理解为一种确认和保护个人权利的制度，这也正是弗兰肯伯格认为颇能表明“认知控制”思想模式的那种比较法上流行的法的概念。[96]从这一点出发，中国古代法律中的权利观念已经被预先给定了，下面的问题只是如何给出一些实例来作具体的说明。

在全部中国古代语汇里面，并没有与现代（亦即西方）“权利”概念正相对应的字词，这一点至为明显。正因为如此，作者的立论方式便只能是间接的，具体地说，他主要不是从正面去说明权利概念的作用和形态，而是从反面去推论权利观念的存在。结果，中国伦理学上最重要的范畴之一“义”竟被认为是一个权利概念，而所有所谓人身权和财产权都只是表现在法律的间接保护当中，法律禁止私人擅杀其奴婢，便是承认有奴婢的权利；法律原宥因救援父母而伤及他人的子女，即是表明有子女保护其父母的权利；法律惩罚交易中的诈欺行为，等于是认可无辜当事人的权利及合法权利持有人的权利，等等。[97]既如此，一部由数百条禁律构成的古代法典完全可以被释读成一部权利法典。但是甚至作者本人也不愿承认这样一种荒唐的结论。他曾明确讲到，“中国传统的法律制度，除去命令和禁律之外，也包含有许多明确的和不明确的旨在确定诸如财产权和人身权的法律条文”。[98]这里，命令和禁律被认为是与承认权利的法律相抵触的东西，既然如此，作者究竟如何在“最具代表性的唐朝和明朝两部法典”中确立中国法的权利体系呢？

关键问题在于，“权利”并不只是一件“事实”，权利观念

更不可能自动产生出来。它首先是一种态度，一个有着丰富意蕴的符号。因此，只从功能主义的立场不可能恰如其分地认识和解释它。的确，所有的法律都具有惩罚和保护的职能，但并不是所有的法律制度都建立在权利的意识和观念上面。J.C. 史密斯（J. C. Smith）说，许多社会都对于违反誓言或保证的情事提供法律救济，然而这并不是因为誓言产生了履行合意的法律义务，而是因为违反誓约即是对他人犯有过错。他认为，法律上的权利和义务一类概念仅见于古典罗马法和与之相关的法律制度，其他古代法律和原始法都属于“过错之法”而非“权利之法”。[99]不管史密斯对于原始法和古代法的判断是否正确，他让我们看清楚法律权利一类概念的西方法律学色彩，这一点总是值得肯定的。遗憾的是，大多数观察者看不到这一点。除了受到隐蔽的前见支配之外，这还部分是因为，我们所研究的对象本身具有足够的复杂性，它们里面同时揉合了功能性的和作为依据的文化性的东西。这种复杂性使得历史具有扑溯迷离的性质。[100]

据作者交待，他在这本书里采用的方法是哲学的而非历史的和法学的。因为他的兴趣是在作为实在法基本原则的法律观念，而不在法律发展的历史和社会背景以及具体法律规范的比较。一般地说，这种对于研究范围的限制是正当的，但是相对于作者为自己提出的目标，作这样的限制又是明显地不恰当的。要比较中国与西方的基本法律观念，虽然未必要同时作深入的经验研究，但是不能没有文化的观念，尤其不能不关心文化研究的方法论。否则，我们将为流行的偏见所支配，而满足于一些肤浅的和似是而非的结论，比如，传统中国法律的鲜明特色之一是封建主义更甚于民主原则；中国传统中的自然法概念为

专制主义提供了依据，使独裁主义合法化；在中国传统法律中，权利概念表现为个人利益的保护，等等。[101]而更重要的是，我们将因此永远失去对于历史的理解。

法的概念

广义上说，每一种关于法的定义都是一种法的解释，因此，法的概念的问题也应当从解释学的角度来认识。

我们可以根据解释者所处的位置把法的概念分为两类，即当事者的和观察者的；也可以根据解释的方法分出另外两类，即应然的与实然的。现在就让我们来看一看这些不同类型的法的概念各具有怎样的解释学意义。

在第一种分类里面，解释者的位置首先是在时空距离中被区别开来的。这里，“当事者”的观点以历史的方式存在着，它们构成了历史的视域，而“观察者”的观点属于当下的研究者的，它们构成现在的视域。根据我们前面已经阐明的原则，真正的理解始于过去与现在两种视域之间的沟通、对话和辩证运动，因此，作为研究对象的法的概念和研究者本人持有的法的概念有着同等的重要性。举例说，如果我们以中国古代法为研究的对象，则不能不特别注意古代中国人对于法的看法和意见。作为有着实际意义的判断和选择，这些看法和意见构成了古代中国人生活于其中的意义世界的一部分，并因此直接影响着中国人的生活。离开这些看法和意见即无所谓中国古代法，无视这些看法和意见，亦不可能对于中国古代法律有切实的理解。然而，如果我们把自己仅仅局限在古人的意见里面，我们甚至不

能够真正了解这些意见，更不用说弄清楚它们产生于其中的那个世界了。比如，古代中国人主要把法看成是“王者之政”，这样的法一方面被作为国家专擅的杀戮禁诛的手段接受下来，另一方面也被理解为王者替天行道、维持包括人间秩序的整个宇宙秩序全过程的一部分。在这种无疑是相当独特的法律观里面，法的意义和作用受到很大限制。正好比在中国古代思想世界里面，“阴”被看成是对于“阳”的补充一样，“刑”被认为是“德”的补充，因此处于从属地位。而就“礼治”可以被理解为“德治”这一点来说，“礼”是区别于“法”并且优于“法”的东西。所有这些对于我们了解中国古代法律传统都是必不可少的。但在另一方面，它们还不能说是充分的。从现代社会科学的立场上看，中国古代法律的世界实较古人所认为的更加广大。“杀戮禁诛谓之法”，这固然不错。“出礼而入于刑”的“礼”实际也是法。圣贤教导、历史故事以及含义宽泛的价值如天理、人情、忠信、仁义等，如果被引入于司法活动而成为法官判案的依据，也应当视为法律。在此之外，乡约族规和民间习惯等，更构成现代社会科学家得名之为法的一个广大领域。这里，法的概念显然是出于一个更为广阔的背景。作为一种通过对于古今若干文明乃至原始文化综合比较得出的概念，它具有更高的抽象程度和更大的应用范围。而当一个这样的法的概念被用于中国古代法研究时，一个往复进行的有意味的对话过程就开始了：研究对象的独特性在比较的基础上被区分出来，研究者的理论假设则受到挑战、修正并因此而丰富起来。

值得注意的是，在所谓“当事者”的概念和“观察者”的概念之间始终存在着紧张，这种紧张首先是以语言的形式呈现出来。我们可以完全使用“当事者”的“语言”，据以保持文化

的全部独特性，或者，我们置“当事者”的“语言”于不顾，只依靠我们自己的分析概念。选择前者，我们将失去从一个更广阔的背景去认识和把握对象的机会，选择后者，我们又面临抹煞对象特殊性的危险。实际上，这里涉及的是一个极具普遍性的问题，它类似于人们所说的涂尔干（Emile Durkheim）的社会学实证主义和韦伯（Max Weber）的结构分析之间的那种方法论压力，即“一方面是实证主义的客观主义，它在定义概念和指标时不涉及文化环境和个人的含义；另一方面是现象学的主观主义，它要使现象与行动者集团和个人赋予它们的含义相一致”。[102]到现在为止，人们还没有找出解决这一问题的普遍有效的规则，也许，我们永远也找不到这样一种规则。不过有一点可以肯定，那就是，从理解的角度说，在这两种概念之间保持一种适度的紧张乃是完全必要的。至于这种适度的标准，只有根据我们提出的问题——特殊的理论目标和比较实际所涉及的范围、层次等——方能够具体地确定下来。

历史上的法的概念大多是出自“应然”之域。无论视法律为理性、正义、神意还是王者之政，都不只是对于法律的经验描述，而首先是一种价值判断。科学意义上的“实然”研究，只是现代社会科学的产物。当然，“实然”的概念本身也可以成为研究对象，而被在距离中把握。同样，“应然”的概念实际也可以为研究者所用，以为历史解释的出发点。关于这一点这里不拟多谈，因为文化解释的立场，只能够选择“实然”的概念作出发点。

从学科分类上看，法的概念可以是出自法学，也可以是出于社会学和人类学。通常，前者更多是对于法的本质所作的哲学思考，后者却只是对于法律现象进行的经验描述。大体上可

以说，“应然”的法的概念是法学的特殊贡献，“实然”的法的概念则主要是社会学和人类学的产物。[103]因此，探求一种适合于文化解释的法的概念，可以就从后者开始。

马克斯·韦伯在《经济与社会》一书中这样为法下了定义：

> 如果一种秩序能够通过一群专职人员（a staff of people）运用身体上或心理上的强制以确保服从和惩治异行而从外部得到维护，这样一种秩序即可被称为……法律。[104]

这个定义的一项明显特征是它与作者个人主观上的好恶无关，也不表明任何一种关于法应当是什么的价值判断，相反，作为一种经验性描述，这是在对某一类特殊社会现象进行相当广泛地比较和综合的基础上得出的。因为这个缘故，它能够适用于历史上许多不同时期的和形态各异的文化，其中也包括作者本人可能并不喜欢和并不赞同的规范体系。这同时也意味着，它较少文化上的偏见，因为，一种完全或大部分是根据西方或者任何其他比较发达的文明通行的价值标准得出的法的概念，将会把人类生活中许多有意义的经验排除在外。当然，这并不是说，社会学家们为法律所下的定义因此都是没有文化偏见的和尽善尽美的。事实上，有许多社会学家和人类学家在为法律下定义时所持的标准依然是狭隘的，以至比如在很长一段时间里面，他们不愿承认原始社会也有法律这种东西。幸运的是，社会学的和人类学的方法本身有助于破除这些狭隘观念。

在最近大约五十年里面，法律人类学获得了显著的进步，因为这种进步，我们不但对于原始人的法有了比较近于真实的了解，而且对于我们自己生活于其中的法律也有了更加深刻的认识。毫无疑问，一种真正富有成效的文化解释理论应当尽可能

地吸收现代社会科学经过辛勤劳动取得的成就，它使我们眼界开阔，因而有可能在摆脱褊狭观念的基础上，通过广泛的和有意味的比较去求取正确的理解。不过，同样确实的是，文化解释方法对于意义领域的关注，使得它不以一般社会学方法为满足，尤其不能接受社会学上颇为流行的实证主义的和功能主义的解释方法。因此，我们必须进一步去发掘法律概念可能具有的内蕴。

按照格尔茨的说法，法律乃是一种“地方性知识”（local knowledge）。这种所谓“地方性”不只是与地域、时代、阶级以及问题的多样性有关，它还关系到“特征”，这是那种同能够怎样的本地想像（vernacular imaginings）联系在一起而关涉实际怎样的本地特征。格尔茨把这一组特征和想像称之为 legal sensibility（法律感知）。[105]在他看来，这正是任何一个要就法律的文化基础作比较研究的人首先要注意的问题。也是从这一点出发，格尔茨突出了法律的能动意义。他说，法律之为物，并不是有限的一组规范、规则、原则、价值或者它据以回应特定事件的无论什么东西，它是想像真实世界之特殊方式的一部分。如果说法律因地而异，因时而异，因民族而异，那么，法律之所见也是如此。[106]就此而言，法律绝不只是反映社会现实的被动物，它具有创构、建设和生成的作用。

格尔茨为法律所下的定义表明了一种由功能主义立场向解释学立场的转变。法律的“意义”之维就在这种转变中突显出来。这样，我们在法学的和社会学的（很大程度上也是人类学的）法律概念之外，又有了文化的法律概念。

作为一个出自人类学家的概念，文化的法律概念未必能够原封不动地应用于历史研究，但是一种关注意义的历史解释理

论，肯定是从同样的立场来把握法律现象的。这里，最重要的乃是这样一个事实，即作为文化的一个部分，法律本质上是一种符号。它不但具有解决问题的功能，而且秉有传达意义的性质。当然，我并不准备说法律也像语言一样具有完全的任意性，我也不否认法律的发展极大地受制于多少是可以“通约”的社会的和物质的发展。只是，有必要不断地指出这一事实：法律是被创造出来的，而且，它是在不同的时间、地点和场合，由不同的人群根据不同的想法创造出来的。人在创造他自己的法律的时候，命定地在其中贯注了他的想像、信仰、好恶、情感和偏见。这样被创造出来的法律固然可以是某种社会需求的产物，但是它们本身却也是创造性的。着眼于前一方面，不同社会中的不同法律可能被发现履行着同样的功能，甚至分享某些共同的原则，而由后一方面我们看到，发自人心的法律同时表达了特定的文化选择和意向，它从总体上限制着法律（进而社会）的成长，规定着法律发展的方向。总之，法律之为物，既不纯是客观的，也不纯是主观的，它同时秉有主观与客观两种性质。

在中国古代社会，有关家庭、婚姻、债务、土地以及市场和交易的各种法律已经发展起来。只从功能上看，这部分法律显然可以与古代罗马和中世纪欧洲的私法相比，尽管前者的“发达”程度远逊于后者。问题是，这两种法律有着全然不同的面貌和精神。在中国，并不存在西方人名之为私法的那种东西，甚至在汉语的文化语言逻辑里面，“私法”这种说法本身就是自相矛盾的。这当然不是说中国没有用来调整所谓“户婚田土钱债”的那部分法律，而是说它们为根本不同的精神所支配。在这里，法律的设立并不是为了保障个人权利，就是一般社会关

系也不是在权利—义务关系的框架里被把握和理解的。于是，我们在一些表面相近的制度后面看到了迥然有别的价值依据，它们源自意义世界的深处，乃是制度的生命。[107]认识到这一点，我们便不至于在清代法律禁止虐待罪囚的律条里面读出“人权”涵义，或者，将中国传统法律规定的审判程序与美国宪法中的“正当程序”混为一谈。[108]我们会小心地避免一厢情愿地只在历史遗存物中寻觅我们向往的东西，却把完整的活生生的古代中国人的精神置诸脑后。我们将尽可能按照古代中国人活动于其中的意义世界去理解他们的生活。

人类学与社会学之间

人类学与社会学有着许多共同之处：它们都直接以人类社会为研究对象，而且同样地遵循经验研究的规则；它们共同分享某些经典和传统，共同遵奉某些人物。方法上的沟通，产生了比如社会人类学的传统，研究对象规模上的差异，则有诸如“微观社会学”这样的名称来补偿。当然，差别同时也存在着，其中，最为明显的是这样一种近乎戏剧性的对比：它们关注的对象恰好位于人类历史的两端。人类学滥觞于对原始文化有系统的好奇心，社会学则首先是建立在对近代工业社会的大规模研究基础上。在这两个新近开拓的领域之间，横亘了一个古老的学科，那就是历史。

正如本文开始已经指出的那样，法律的文化解释即是法律史解释，就这一点而言，我们当然可以说它也是一种历史研究，它所承续的首先是历史解释的传统。

作为历史研究一部分的法律史解释曾大盛于十九世纪。其时，历史法学派独领风骚，支配了一代法律学。在当时各式各样的解释理论当中，最耐人寻味的也许是由萨维尼（Friedrich Karl von Savigny）予以完整表述的那种法律观。据此，法律乃是“内在地、默默地起作用的力量”的产物，它植根于一个民族的历史之中，源自普遍信念、习惯和“民族共同意识”。法律犹如民族的语言、建筑和风俗，首先是由民族特性、“民族精神”决定的。[109]遗憾的是，这种强调民族性和精神性的法律史解释首先是出自浪漫主义思潮，而且带有太强的黑格尔哲学色彩，终至没有传人。[110]尽管如此，历史法学派几近一个世纪的求索并不因此而失却其价值。事实上，当代法律史领域颇具启发意义的探索，比如多西（Gray Dorsey）的“法文化”（Jurisculture）观点和伯尔曼（Harold J. Berman）试图超越法律实证主义的“法的社会理论”，都多少保留了与上一世纪历史法学精神上的联系。不过，值得注意的是，无论多西还是伯尔曼，都不曾突出这种联系，相反，他们更倾向于在现代社会科学尤其是文化人类学当中寻找支持。比如，多西从“人类皆生活于他们设定的世界之中”这一根本前提出发，力图在文化的真实性中间寻求衡量法律有效性的尺度。[111]这种倾向在伯尔曼那里表现得更清楚，他完全是从人类学立场出发，强调了法律的非理性的一面，即法律不但包含有人的理性和意志，而且包含有人的情感、直觉和信仰；法律不只是事实，它也是观念、概念和价值的尺度。[112]这种情形在一定程度上反映出当代历史学发展的一般趋势，那就是，社会学和人类学的方法被广泛地运用于历史研究，古代文明也不再是历史学者专擅的领地。以往各学科之间的严格界线正在消失，三足鼎立的格局逐渐演成互

相支持、渗透和交叉的局面。[113]在此种情形下面，我们又当如何看待历史学，怎样评判历史研究与人类学和社会学研究的关系呢？

我想，我们仍然可以把历史研究视为人类学和社会学之间的一个领域，但是这一次，我们不要守传统的壁垒，相反，正是从这三者构成一个连续体的事实出发，我们可以确立一个共同的主题，那就是生活于历史、文化和社会中的人。只消指出这一点，沟通立场、方法甚至研究对象的门径就向我们敞开了。

人类学对于历史学最可称道的贡献之一是其文化概念和文化理论。业经人类学家说明和使用的概念如文化选择、文化类型、意义结构、文化符号以及人类学家注意发掘意义的文化解释方法，都可以而且应当引进于历史研究。这种历史方法与人类学方法的结合开出了一片历史研究的新天地，而这在某种意义上意味着改变了历史研究的对象。有时，我们简单地把这个新的对象世界称之为“文化”，比如，把应用文化解释方法的法律研究叫作“法律文化”。这里，“文化”概念所揭示出来的对象世界绝不是人们惯常说的所谓文化史，因为它远不是那种区别于比如政治史、经济史或法律史的一门专史，而是普遍的历史，甚至可以说，它就是历史本身。又由于它把历史上所有传达意义的思想、行动、事件和物体统统视为符号系统的一部分，它实际上没有为自己设定任何限制。这正好表明，文化解释理论具有完全开放的性质。它不受传统学科分界的限制，也不拘泥于单一的方法，更不为某一类材料所束缚。为了达到真实的理解，它将尽可能地调动各个门类的知识和方法。对于这样的“文化”研究来说，任何一种专门知识都是不够的。

源自人类学的文化概念具有经验性，这也是它带给文化解

释理论的一项特征。当然，历史上的人和事不可能被现今的观察者直接经验到，而且，历史处理的材料也太复杂，很难像人类学家所研究的对象被从整体上来把握。尽管如此，经验性的概念仍然有用。在这里，它不但表示文化解释不能只从普通历史文献入手，还必须注意碑铭、档案和其他各类有关实物，更重要的是它坚持要在人类的历史经验里面寻找对于文化的说明。文化不是圣人的玄思，不能只用个别伟大的人格来说明，因为历史上最伟大的人格也是生活在传统之中，而这传统肯定是在第一缕思想的光芒闪现之前就已经确立了。自然，这并不是主张传统总是完整的和不变的，而是强调经验的集体性和先在性。这种集体的和先在的经验并不能够一次性地决定未来的思想和历史，但是作为最早的“选择”，它可能是文化性格形成中最重要的因素之一。鉴于传统很少能够返回到它原初的经验基础上去考虑选择的其他可能性，文明早期的经验便特别地值得重视。研究古代社会史和思想史的历史家可能只从先秦时代开始，文化解释却要深入到产生古代思想家的时代以前去探求思想的由来和背景。这样，它就跨越“历史”而直接与属于人类学的史前考古学相接。这也是为什么，着眼于文化解释的中国古代法研究（“传统法律文化”）一开始就直探“三代”，由中国古代文明发生的路径和方式而不只是古代思想家的论战中寻找最初的答案。[114]

上述文化概念的经验性质，一方面表明了它的人类学渊源，同时也揭示出文化解释理论与社会学方法上可能有的某种关联。实际上，社会学方法对于我们研究人类社会一直有着特殊的意义。即使是在文化研究里面，社会学上常用的概念如社会行为、社会结构和社会过程等也始终具有不可替代的价值。而

这部分是因为，文化与社会原本可以被看成是同一种现象的不同方面。格尔茨说：

> 文化是意义的构架，人类用它来解释自己的经验，指导自己的行动；社会结构是这些行动所采取的形式，是实际存在的社会关系网络。因此，文化和社会结构是对同一现象进行的不同的抽象。一个是从社会行动对行动者具有的意义来看待行动，一个是从社会行动对某一社会系统之运转起的作用来看待行动。[115]

从文化解释的立场上看，文化与社会、意义与功能、精神与物质，以及，主观想像与客观要求之间存在着复杂的互动关系。观念与态度确实受着客观世界的诸多限制，以至有时我们可以看到，一些与社会发展脱节和与人们利益相悖的观念最终被人抛弃。然而这并不像有些人认为的那样，简单地表明某种第一性与第二性、决定与被决定、或者结构功能的关系。问题在于，思想和观念本身具有创构的力量，如果需要物质的支持，它们就会在可能的情形之下把这种物质创造出来。进一步说，为要维持其存在，它将不断再造其生存的条件，其中也包括对利益和需要的创造。在这种意义上，我们又可以说，每一个文化都有只属于它自己的特殊的问题。文化与社会有时能够若合符契，部分的原因就在于此。

当然，从来没有全然静止的社会，文化与社会之间的平衡也不可能长久地保持不变。更为经常的乃是或大或小的变化、冲突和紧张，是平衡不断被打破和持续地努力以达到新一轮平衡的无休止的过程。在此过程之中，文化与社会都在发生着相对的变化，而文化解释的任务之一就是要对这整个过程作出描述

和说明。比如，在特定历史时期的特定社会里面，行为的式样是怎样的，为什么是这样，它们包含了什么样的意义；变化缘何而起，结果如何，原来的意义模式有哪些改变；在繁复的变化里面，哪些东西并未消失，而以改变的形式长存于世；什么东西构成思想的限制，又是什么制约着社会的发展或为这种发展提供契机；在特定的社会里面，文化通过什么方式为它自己创造条件，最初的选择怎样强化而成为一般的倾向，等等。文化解释的理论就是这样在时间过程里面把握其对象世界，这种对于历时性方法的倚重使它区别于人类学和社会学，而保有历史解释的特征。

在历史研究中贯彻文化解释的方法既是必要的和令人兴奋的，同时也是困难重重的。这是因为历史的对象太庞大，历史的过程也太复杂。在文明的发源处，我们只看到一幅模糊的图景，在大片的空白之外，线索断断续续，只能靠推理和想像去补足，而一旦置身于较为晚近的时代，我们又面临史料泛滥造成的灭顶之灾。再者，我们想要探究的人物，只是一些忽隐忽现的影子，无法触摸；我们力图要弄懂的制度，往往在无数代人的述说中失却了原初的生命色彩。更大的困难还在于，在我们面对的这个世界里面，理智与情感、想像与现实、利益与冲动、本能与选择，完全交织在一起，既复杂又微妙。这时，想要卓有成效地运用文化分析方法去解释这个世界显然不是一件容易的事情。有一种看法认为，用价值概念去解释行为就是陷人循环论证，而且，文化分析方法预先假定文化和社会的延续无须解释，因此忽视了这种延续的重新创造过程。[116]这种批评如果有几分道理，那部分是因为它所批评的是一种不好的或至少是不够完善的文化分析。成熟的文化解释理论不会忽略文化

与社会延续和变迁两方面的事实，它也承认文化本身必须加以说明，甚至，它在这样做时也会认真考虑与之相关的社会学分析的结论，但是所有这些都是为了更好地认识人，认识人类生活于其中的意义世界。关键在于，如果人确实是一种“符号的动物”，如果符号确实具有我们已经认识到的那种性质，如果现实世界确实受到想像世界的影响，文化解释的方法就不是没有意义的。这里，我并不想说文化分析的方法是唯一可能的历史解释，更不认为它是一个神奇的符咒，只须念一下就可以解答所有问题。事实上，它只是我们观察世界的许多方法中的一种，但肯定也是其中重要的和不可取代的一种。既然我们面对的世界极尽多样、复杂和微妙，我们就不能够指望只从一个角度、只用一种方法去了解它的全貌、揭示它的奥秘。从这种意义上说，文化解释与比如社会学分析之间并不存在那种非此即彼的紧张和对立，相反，它们可以互相补足。进一步说，任何一种社会科学的理论和方法，在与之相应的范围和限度之内都是有效的分析工具。

文化解释的方法并不奢望能够解答人类历史的全部问题，但它确实为我们更好地认识和理解人类开启了一条必不可少的路径。

结　　语

一位中国历史的研究者认为，从文化角度去解释中国历史，这是某种西方中心论思想模式的副产品。[117]这种看法即使在它所谈论的具体问题上是正确的，还是忽略了这样一个事实，即

真正有价值的文化解释理论恰好是摆脱西方中心主义的必不可少的方法。

19世纪以来，我们经历了各式各样西方中心主义的历史解释，从旧有的历史进化论模式一直到现今仍在流行的形式多样的实证主义理论。而且，这样做的并非只有西方学者，更多的倒是那些表示要坚决摈弃“西方资产阶级学术”的中国历史学家。他们用主要是来自于西方的概念、范畴和分析方法来讲述中国的历史，因而把中国历史变成某一种或某几种西方社会和历史理论的注脚。这种情形我们已经司空见惯。在最近十数年里面，过去那种从传统与现代模式出发，把中国的过去视为愚昧、落后的历史较初级阶段的看法，有逐渐为一种对传统社会更积极的评价所取代的趋势。这时，人们所见的中国历史不再是与“现代社会”截然对立的“传统社会”，而是一个孕育了新社会萌芽的温床。然而，当人们谈论比如中国古代社会的人权保障、商业精神或者法治原则的时候，他们仍然使用着西方的概念和运用着现在流行的价值标准。结果，他们不过是再一次为自己的好恶和偏见肢解了中国历史。

根本问题在于，并不存在某种合乎目的的历史，也没有按照必然性组织起来的统一进化模化。历史是被人创造出来的，这即是说，历史是在文化选择的基础上发展起来的。它们不能够重复，也不可能重叠。因为，选择既是肯定，也是否定，既是取得，也是放弃。任何一个文明和社会都只能以它自己的方式去经验世界，而这意味着它同时失去了以另外一种方式经验世界的可能性。这种经验的有限性无疑是人类生存的真实状况，然而同样确定的是，正是这种有限性构成了作为整体的人类经验无限丰富和多样的源泉，使我们不至因为智虑枯竭而丧失应对

未来的能力。着眼于此，我们不但探究具体的和独特的人类经验，而且关心着普遍的和共同的人类经验。后者并非呈现于任何一个文明的历史里面，而是同时存在于过去、现在和未来的所有人类实践之中，因此，除非我们能够恰如其分地认识和理解各个不同的民族、社会和他们的历史，就不可能分享这一笔共同财富。文化解释的主旨即是要尽可能摒去误解、曲解，深入古代人的世界去了解他们独特的经验，同时丰富我们关于人类普遍经验的认识。当人类面对未来，着手解决它所面临的各种难以预料的问题时，所有人类以往的经验都是弥足珍贵的。

作为一种旨在揭示不同人群独特经验的历史解释方法，我们提出的理论首先是建立在当代社会科学和人文学科的基础之上，鉴于这些理论主要表现为西方学术的成果，这是否意味着我们可能落入另一种西方“话语”世界而重蹈复辙？从理论上说，这种危险总是存在的。也许，防范这种危险最可靠的办法就是保持经常的反省，也正是在这一点上，文化解释理论保有明显的优势。首先，它所借取的社会科学理论本身就是破除西方中心主义(从理论上说也是任何一种种族或文化中心主义)的产物。其次，它不是一套现成的结论，而是一种可以活用和不断更新的方法。最后，也是最重要的，文化解释理论迫使我们常常回到出发点上去，检视自己的立场和前提。这样，我们就可能避免盲目搬用任何现成的概念，防止按照某一种经验去述说另一种历史。而从积极的方面看，文化解释理论为我们研究历史提供了这样一种范式，那就是时常有意识地借助于陌生的经验去了解我们“熟知”的历史。在此过程之中，各种不同类型经验的独特性在比较、对照和参证的基础上显现出来。那时，我们掌握的应当不只是一套解释的理论和技巧，而且应该有一

个来源于研究对象并且与之相适应的有启发力的概念体系。我们应当就用这种方式，对于中国社会科学理论的发展和中国文化的重建作出贡献。

注　释

［1］　在中国大陆，“法律文化”的概念只是最近若干年里才流行起来，不幸的是，几乎从一开始它就被滥用和庸俗化了。因此，我尽量避免再使用这个词。本文中两次出现的这一概念都是在我惯常赋予它的比较特别的意义上使用的。

［2］　参阅皮亚杰：《结构主义》第 97 页，倪连生等译（商务印书馆，北京，1984）；J.M. 布洛克曼：《结构主义》第 6 页，李幼蒸译（商务印书馆，北京，1981）。

［3］　特伦斯·霍克斯：《结构主义和符号学》第 8 页，瞿铁鹏译（上海译文出版社，1987）。

［4］　同上，第 3—4 页。

［5］　同上，第 20 页。

［6］　索绪尔：《普通语言学教程》第 43 页，高名凯译（商务印书馆，北京，1985）。

［7］　同注［3］揭，第 22 页、23 页。

［8］　转引自注［3］揭，第 23 页。

［9］　Morton H. Fried, ed., *Readings in Anthropology*. vol. Ⅱ. 2 (New York, Thomas Y. Crowell Company, 1968).

［10］　转引自林同奇：“格尔茨的‘深度描绘’与文化观”，载《中国社会科学》，1989 年第 2 期，第 168 页。

［11］　同上。

［12］　索绪尔：《普通语言学教程》第 43 页。

［13］　参阅上揭，第 36—37 页、102—105 页。

［14］　同上，第 41 页。

[15] 同上，第39页。

[16] 同上，第127页。

[17] 格尔茨的文化概念恰好也包含了这三个方面的内容。详见注[10]揭，第三节。

[18] 参阅索绪尔：《普通语言学教程》第109—111页。

[19] 参阅罗伯特·F·墨菲：《文化与社会人类学引论》第35页，王卓君等译（商务印书馆，北京，1991）。

[20] 马克·布洛赫：《历史学家的技艺》第23页，张和声等译（上海社会科学院出版社，1992）。

[21] 参阅恩斯特·卡西尔：《人论》第33—34页，甘阳译（上海译文出版社，1985）。在接下来的一章里，卡西尔详细叙述了符号的三重特性，即抽象性及普适性，任意性和关系意识。详见该书第35—53页。

[22] 同上，第224页。

[23] 同上，第225页。

[24] 同上，第247—248页，同时可以参阅第221、222、234、235诸页。

[25] 汉斯·格奥尔格·加达默尔：《真理与方法》(上卷）第6页，洪汉鼎译（上海译文出版社，1992）。加达默尔自然不能够代表全部诠释学传统，但是出于某些实际考虑，这里谈到的"诠释学"将只限于《真理与方法》。

[26] 同上，第354页。

[27] 同上，第355页。

[28] 参阅上揭第379—385页。

[29] 同上，第387—388页。

[30] 同上，第387页。

[31] 同上，第393页。同时参阅第385—394页。

[32] 转引自洪汉鼎为《真理与方法》中译本所作序。

[33] 加达默尔：《真理与方法》，第384—385页。还可以参照另外两段话："甚至在'客观的'历史研究这一极端情况里，历史任务的真正

实现仍总是重新规定被研究东西的意义。但是这种意义既存在于这种研究的结尾，也同样存在于这种研究的开端：即存在于研究课题的选择中，研究兴趣的唤起中，新问题的获得中”（第 362 页）。“在精神科学里，致力于研究传统的兴趣被当代及其兴趣以一种特别的方式激发起来。研究的主题和对象实际是由探究的动机所构成的。因此，历史研究被带到了生命自身所处的历史运动里，并且不能用它正在研究的对象从目的论上加以理解。这样一种‘对象’本身显然根本不存在”（第 365 页）。

[34] 同上，第 9 页。

[35] 爱德华·萨丕尔：《语言论》第 19 页。陆卓元译（商务印书馆，北京，1985）。语言实际只是在符号表现之最高、最概括层次上才成为思维的外表，就此而言，语言和思维不是严格同义的。但在另一处，萨丕尔又说，语言与思维不可分解地交织在一起，从某种意义上说，它们是同一回事。详见该书第 13、195 页。

[36] 同上，第 195 页。

[37] 详见上揭第 195—196 页。

[38] 索绪尔：《普通语言学教程》第 50—51 页。萨丕尔在谈到语言结构类型时说，从拉丁语到俄语乃至英语，景象总是大体相同的，但是一到了汉语，“头上的天都变了”（注 [35] 揭第 108 页）。

[39] 参阅谢和耐：《中国和基督教》，“导论”，耿升译（上海古籍出版社，1991）。

[40] 同上，第 355—356 页。

[41] 参阅注 [35] 揭第 196 页。

[42] L·R·帕墨尔：《语言学概论》，第 147—148 页，李荣等译（商务印书馆，北京，1984）。

[43] Paul J. Bohannan, *Justice and Judgment among the Tiv.* 5. 转引自 L. Pospisil, *The Ethnology of Law.* 页 3（Addison-Wesley Publishing Company, Inc. 1972）。

[44] 详见 P. J. Bohannan, “Ethnography and Comparision in Legal Anthropology.” In Laura Nader, ed., *Law in Culture and Society.* 410—

411 页 (Chicago, Aldine Publishing Company, 1969)。

[45] 详见 Max Gluckman, "Concepts in the Comparative Study of Tribal Law." In Laura Nader, ed., *Law in Culture and Society*, 页 353—367。

[46] Paul J. Bohannan, *Social Anthropology*, 46, 42. 转引自 Sally Falk Moore, "Comparative Studies." In Laura Nader, ed., *Law in Culture and Society*. 页 344。

[47] 同上。

[48] 参阅注 [46] S. F. Moore 上揭。

[49] 同注 [45] 揭, 页 356、357。

[50] 同注 [44] 揭, 页 415。

[51] 参阅注 [46] S. F. Moore 上揭。

[52] 比如戴炎辉所著《中国法制史》(三民书局, 台北, 1979)。

[53] 史学界流行的历史分期, 无论古代、中世纪、近代的三段式, 还是原始、奴隶、封建、资本主义、社会主义的五阶段说, 皆源于西方史学。其例甚多, 不赘举。

[54] 这方面事例亦极多。申小龙对此揭露甚多, 抨击甚力, 可以参阅《中国句型文化》(东北师范大学出版社, 长春, 1991)。

[55] 关于这种分析方法的初步应用可以参阅抽著《寻求自然秩序中的和谐: 中国传统法律文化研究》, 第 1、第 2 和第 7 诸章 (上海人民出版社, 1991; 修订版, 中国政法大学出版社, 北京, 1997)。这里可以顺便指出, 对所谓语言—文化分析来说, 传统的音韵学、文字学和训诂学一方面是必要的, 另一方面又是很不够的。新近兴起的文化语言学研究固已显示出令人振奋的前景, 但它基本上只是语言学的一个分支, 其研究成果也还很少被吸收到历史研究中去。总之, 历史研究中的语言—文化分析方法尚有待于发展。

[56] 参阅罗伯特·F·墨菲:《文化与社会人类学引论》, 第 52—53 页。

[57] Ruth Benedict, *Patterns of Culture*. "Introduction". (The New

American Library, 1956)

[58] 参阅奥斯瓦尔德·斯宾格勒:《西方的没落》,第18、19、33、34、39诸页。齐世荣等译(商务印书馆,北京,1991)。

[59] 详见梁漱溟:《东西文化及其哲学》第24页(商务印书馆,北京,1987)。

[60] 同上,第53页。

[61] 参阅上揭第52—55页。

[62] 参阅露丝·本尼迪克特:《文化模式》第56—57页。王炜等译(三联书店,北京,1988)。

[63] 同上。

[64] 转引自注[10]揭第173页。

[65] 同上。

[66] 在中国,义利之辨延续了二千年而不止,其中的真正主题却是"大公无私"。当然这首先是士大夫文化的一项特征,但是作为大传统,它必定以多种形式对于民间小传统发生影响。事实上,由此而产生的结果是重要的和多方面的。如果不把这一点视为僵死不变的文化特性,而理解为一个不断生成和运动的文化所具有的内在倾向,我们就有理由把它看成是构成中国文化性格的一个重要因素。关于这个问题的说明和论证可以参阅拙著《寻求自然秩序中的和谐》导言和第7章。

[67] 关于这里举出的两个事例,拙著已有初步的分析。详见《寻求自然秩序中的和谐》第7和第8章。

[68] 还用上面提到过的例子。"大公无私"是中国文化中间经久不衰的理想,这种理想首先以大传统的形式强烈地表现出来。而在小传统方面,一些"俗语"、"鄙谚"、"俚语"则表明了相反的立场。这里,我们不需要立下断言,笼统地说哪一种立场能够代表中国文化,而应当通过提出问题来把握它们的相互关系,确定它们各自的意义和重要性,最终求得对于文化的了解。这也正是我在讨论"权利"观念时试图遵循的程序。详见拙著《寻求自然秩序中的和谐》第7章。

[69] 梁漱溟:《东西文化及其哲学》第65页。

[70] 转引自尼尔·J. 斯梅尔塞:《社会科学的比较方法》第2页。王宏周等译（社会科学文献出版社，北京，1992)。

[71] 我已在其他地方屡次申明了这一立场，并且以之为说明中国古代法律传统的指导原则。详见拙著《寻求自然秩序中的和谐》第9章等处。

[72] Reinhard Bendix，*Nation-Building and Citizenship*. 16—17. 转引自 Theda Skocpol，“Emerging Agendas and Recurrent Strategies in Historical Sociology.” In Theda Skocpol, ed. *Vision and Method in Historical Sociology*. 页 370（Cambridge University Press，1991)。

[73] Clifford Geertz，*Islam Observed: Religious Development in Morocco and Indonisia*. 4. 转引自注 [72] Theda Skocpol 上揭。

[74] 参阅注 [70] 揭第190—191页。

[75] 我所作的关于中国古代法律传统的研究就是建立在这样一种认识的基础之上。详见拙著《寻求自然秩序中的和谐》。

[76] 详见勒内·罗迪埃:《比较法导论》第26页。徐百康译（上海译文出版社，1989)。该书还列举了另外几种流行的分类，比如西方法系、苏联法系、伊斯兰法系、印度法系和中国法系（达维德)；西方法系、苏联法系和宗教法系（卡尼萨雷斯)；罗马法系、德国法系、北欧法系、普通法法系、社会主义法系、远东法系、伊斯兰法系、印度法系（茨威格特和科茨）等。

[77] 关于比较法传统的有系统的和批判性的检视，可以参阅 Günter Frankenberg，“Critical Comparisions: Rethinking Comparative Law,” 29 (*Harv. J. Int'l L.*) 411—485 (1985).

[78] 同上，第424页。

[79] 金勇义:《中国与西方的法律观念》“前言”，第1页。陈国平等译（辽宁人民出版社，沈阳，1989)。

[80] 同上。

[81] 同上。

[82] 同上，“前言”第1页，“导论”第2页。

[83] 同上，第 9 页。关于古“法”字的本义以及它所具有的历史学和人类学上的含义，我在其他地方曾有比较系统的讨论，详见拙著《寻求自然秩序中的和谐》第 2 章。

[84] 同上，第 7 页。老子自然观的核心是“自然而然”，是“无为”，而不是“范式”，更不是“法”。当然这并不是说，老子的学说与中国传统法律思想无关。它们的联系是丰富的，关系是复杂的。拙著《寻求自然秩序中的和谐》第 7、8、12 诸章从不同方面谈到这些关系，可以参阅。

[85] 同上，第 10 页。

[86] 其实这一点已经为许多西方学者如李约瑟和 Derk Bodde 等指出。

[87] 金勇义：《中国与西方的法律观念》，第 31 页。事实上，并不存在这种“法的发展的一般过程”。这只是一幅西方文明进化图景。就此而言，中国历史的意义与其说是证实性的，毋宁说是挑战性的。参阅拙著《寻求自然秩序中的和谐》第 1、2 章。

[88] 同上，第 37 页。

[89] 详见上揭第 52 页以下。

[90] 同上，第 75 页。

[91] 详见上揭第 47 页。

[92] 同上，第 54 页。

[93] 详见上揭第 63—72 页。

[94] 关于“自然法”问题的比较详尽的讨论，请参阅拙著《寻求自然秩序中的和谐》第 12 章。

[95] 同注 [79] 揭，第 107—108 页。

[96] 参阅注 [77] 揭。

[97] 详见注 [79] 揭，第 114—137 页。

[98] 同上，第 108 页。

[99] 详见 J. C. Smith，“The Unique Nature of the Concepts of Western Law.” In J. C. Smith and D. N. Weisstub. ed.，*The Western*

Idea of Law. 16—17 (Butterworth & Co. Ltd. 1983).

[100] 我曾在其他地方讨论了同样的问题。详见拙著《寻求自然秩序中的和谐》第 9 章等处。

[101] 详见注 [79] 揭第 31、76、142 页。

[102] 注 [70] 揭，第 199 页。该书第 192—202 页有关于这个问题的详细讨论。

[103] 参阅 Max Rheinstein, "Introduction." In Max Rheinstein ed., *Max Weber on Law in Economy and Society*. 页 lv—lxiii.

[104] 转引自 David M. Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism." *Wisc. L. Rev.* 720 (1972). 页 725。

[105] 详见 Clifford Geertz, *Local Knowledge*. 215 (Basic Books, Inc. 1983)。

[106] 同上，第 173 页。

[107] 关于这里所举的例子，详见拙著《寻求自然秩序中的和谐》第 4—9 章。又关于拙著第 9 章中所举"时效"和"监护"两例，收入《法意与人情》(海天出版社，深圳，1992) 的两篇同名文章作了材料上的补充。有兴趣的读者可以参阅。

[108] 这里所说的是美国哥伦比亚大学法学院 Randle Edwards 教授的看法，他在私人谈话中多次表明了这一观点。

[109] E. 博登海默:《法理学—法哲学及其方法》第 82 页。邓正来等译 (华夏出版社，北京，1987)。

[110] 参阅罗斯科·庞德:《法律史解释》，第 1 和第 2 章，曹玉堂等译 (华夏出版社，北京，1989)。

[111] 详见 Gray Dorsey, "Towards World Perspectives of Philosophy of Law and Social Philosophy," In S. A. Vojcanin ed., *Law, Culture and Values*. (Transaction Publishers, 1990)

[112] 详见拙译伯尔曼:《法律与宗教》，第 1 和第 4 章 (三联书店，北京，1991); Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, (Harvard University Press, 1983) 538, 558.

［113］　参阅杰弗里·巴勒克拉夫：《当代史学主要趋势》，第3章，杨豫译（上海译文出版社，1987）；保罗·利科：《法国史学对史学理论的贡献》，王建华译（上海社会科学院出版社，1992）。

［114］　参阅拙著《寻求自然秩序中的和谐》第1和第2章。

［115］　转引自注［10］揭第178页。另一位人类学家把社会体系和文化之间的关系比作交响乐团和交响乐总谱之间的关系。详见罗杰·M·基辛：《当代文化人类学概要》，第58—59页，北晨编译（浙江人民出版社，杭州，1986）。

［116］　详见巴林顿·摩尔：《民主和专制的社会起源》第394—395页。拓夫等译（华夏出版社，北京，1987）。

［117］　详见柯文：《在中国发现历史》第168页，林同奇译（中华书局，北京，1991）。

克利福德·吉尔兹

地方性知识：事实与法律的比较透视*

邓正来　译

一

法学和民族志，一如航行术、园艺、政治和诗歌，都是具有地方性意义的技艺，因为它们的运作凭靠的乃是地方性知识(local knowledge)。直接个案(instant case，如 Palsgraff or the Charles River Bridge)不仅为法学提供了产生反映的基础，而且还为它提供了其欲求把握的对象。而在民族志，既定惯例、庆宴或父代母育风俗，亦具有相同意义的功用。且不论人类学和法理学所具有的其他共同性(变动不居的学问和想像的氛围)，它们在关注技匠所承负的任务即从局部的事实中发现普遍的原则这一点上是很相近的。正如非洲的一句谚语所言，"智慧源出于一个蚁冢"。

鉴于人们知道法学和人类学具有这种相似性，即在理解事物时都采用"要了解一座城市即要知道其街巷建置"的方法，所

* 本文选自《地方性知识》(*Local Knowledge*, Basic Books, 1983)。本书增订时，译者和我分别对正文和注释作了少量订正。——编者

以人们也许会设想，法律家(lawyer)和人类学家乃是相依相生、彼此互补的，他们之间的思想交流和论点沟通也就应当极其容易。然而，事实未必如此，他们的相似性可能与其差异性一般大：尽管游艇主人与葡萄园主人会彼此赞誉对方的生活观念，但他们彼此所应表达的赞誉内容却并不是很清楚的。法律家和人类学家，由于都是处理有关案件的权威和鉴定特定事物的专家，所以处于相同的地位。但正是他们各自对特定事物的不同方面的有择亲和性（elective affinity）使他们彼此相区别。

标示出法律家倾向于称为的法律人类学(legal anthropology）与人类学家趋于称为的法律的人类学（anthropology of law)彼此相区分的一系列特性，源出于这两类人之间既近且远的关系：前者的工作，套用霍姆斯（Holmes）的话，在于给我们提供“在法庭上的知识或不触犯法律的知识”；而后者的工作，套用霍贝尔（Hoebel）从克拉克洪（Kluckhohn）那里借来的话说，则在于构造一面大镜子，透过它我们能够“从（我们所具有的)无穷多样性中发现(我们自己)”。[1]在上述差异特性中，毋庸置疑，最为奇特的乃是就下述问题进行的无休止的争论：法律存在于制度之中抑或规则之中、存在于过程之中抑或概念之中、存在于判决之中抑或法典之中、存在于程序之中抑或形式之中，以及法律究竟是像工作那样的范畴，存在于人类社会的任何地方，还是相反，像差异性因素那样的范畴，并非存在于人类社会的任何地方。

很长时间以来，人们已然认识到，这一问题（即生成于一种文化中的礼仪与在另一种文化中奉行的惯例之间的或然性关系）就“宗教”、“家庭”、“政府”、“艺术”、甚至“科学”而言，既不是可避免的，却也不是决定性的，但是就“法律”而言，这

个问题依旧未能得到解决。不仅法律逻辑方面与法律实践方面之间的分野使人们在解决上述问题时所付出的各种努力付诸流水（“法律的生命……乃是经验”这一说法，便足以挫败各种努力），而且运用于司法分析的法律方法与民族志的方法一直被置于徒劳无益的论战之中，以致于出版发表了大量以没有律师的法律、没有制裁的法律、没有法院的法律、或没有先例的法律等为标题的论著与论文，这些论著与论文似乎可以恰当地只用一个标题即不具法律的法律来加以概括。

法学与人类学这两门实用性学科都严格局限于特定的领域，且在很大程度上依凭特定的技艺，所以它们之间的互动方式与其说是协调和综合，毋宁说是彼此疏远和半依半就。我们缺少将司法认识（juridical sensibility）透入人类学的研究，亦缺少将民族志的认识渗进法学的研究，多的则是一系列惯有的毫无生气的争论：西方法理观念在非西方情境（contexts）中是否具有适用的意义，比较法研究是否关涉非洲人或爱斯基摩人如何理解正义的问题、或者是否包括土耳其人或墨西哥人如何解决争端的问题，法律规则是用以制约行为抑或只具有为某类法官、律师、诉讼当事人或其他别有用心者的为所欲为提供法律上的借口的作用。

我对上述情形所发的微词，并不是要否定那些以法律人类学名义所做的研究，因为《犯罪与习惯》、《晒延人的方式》、《波仑次人的司法程序》和《提夫人的正义与审判》等著作，依旧是研究分析部落社会中社会控制方面的名副其实的经典；我也不是要抨击当下以同样的方法对同样的问题正在做的一些研究（那些颇令人迷惑的例外除外，如撒利·福克·摩尔（Sally Falk Moore）对严格责任的研究、劳伦斯·罗森（Lawrence

Rosen）对司法自由裁量权的研究），我的目的毋宁在于说明我的研究与它们的距离。[2]人类学家（此处先论人类学家、后面再论法律家）由于把民族志与法学相互作用的产物视作其研究领域中的一门新兴的、专门化的、半独立的分支学科，就如社会心理学、天体生物学或科学历史等学科一般，所以他们亦试图以此方法来解决地方性知识这一问题，但我以为，这是一种完全错误的方法。业已确定的领域中新兴分支学科的产生，只有在该问题出现了非此非彼的真正间质现象（如生物化学中的现象）时、或者只有当它构成了把标准观念运用于非标准领域的问题（如天体物理学中的问题）时，可能才会具有意义。但是法学与人类学的情况却与上文所述不同，因为它们彼此都不清楚对方是否具有有助于解决本领域中老问题的东西，所以它们有时想了解对方，但有时又怀疑对方。法学与人类学要进行对话，所需要的并不是一种“半人半马”(centaur）的学科（如航行的葡萄酒制酿或葡萄酒制酿的航行)，而是对彼此的更深层次的更为精准的认识。

因此，在我看来，这就意味着要适用一种比通用的方法更具解集作用（disaggregative）的方法来研究问题；这并非意味着力图把法学无条件地、直接了当地与人类学结合在一起，而是要寻找出这两门学科研究进路中所存在的具体的分析性问题——不论其所采取的形式有多么不同，亦不论其提出的方式有多么不同。我以为，它还意味着我们需要的乃是一种较比开放(internalist)的方法，而不是一种相互攻讦、划地为牢（let gain lie where it falls）的方法；这并非意味着力图把法律意义注入到社会习惯中去或是用人类学上的发现来纠正司法推理，而是用一种阐释学的方法将法学和人类学勾连起来，先从法学的角

度研究、再从人类学的角度研究，以便系统地阐释这两个领域共同面临的道德、政治和智识问题。

我拟以这种方法提出的问题(以最为一般的术语予以讨论，所以不可能具有显见的轮廓)，乃是事实与法律之间的关系。一如实然与应然的关系一般，事实与法律间的关系问题以及由此生发的所有小问题，业已成为至少自休谟和康德以降的西方哲学所关注的主题；而且在法理学中，任何关于自然法、政策科学和实证合法化的论争，亦都趋于将这个问题视作关键的关键。但是，事实与法律的关系问题有时也表现为非常具体的问题，因为这些问题是在法学和人类学的实际话语中得到具体表述的：这些问题首先涉及审判的证据与审判的法规间的关系——发生了什么事情以及该事是否合法，其次涉及观察到的实际行为模式与被认为用于调整这些模式的社会常规之间的关系——发生了什么事情以及该事是否合乎规矩(grammatical)。把事实概略化，以便把道德问题缩小至可以用确定的规则对之加以裁定(在我看来，这是法律程序的规定性特征)，和对社会行为进行系统归类，以便从文化的角度对其意义加以解释(在我看来，这是民族志分析的规定性特征)，这两者之间具有着远非偶然的内在相似性。[3]从微观层次上看(anthill level)，人类学和法学这两种普通学问可以找到重要的共同话题。

关于事实在判断或审判(judgment)领域中的地位(让我们先从司法方面加以考虑，同时也可能会妄用一个著名的论题)，这一问题自古希腊人连同其关于自然与惯例的截然区分一道提出之后，就一直争论不休。但在现代，当自然和惯例似乎已不再是如此纯粹的现实并似乎有了越来越多的东西需要我们去了解时，事实的地位问题又成为法学研究中一个显现的关注

焦点。事实的爆炸，对事实的恐惧以及作为对这种爆炸和恐惧的回应而产生的对事实的蔑视，都日益混淆了法律的实践与对这种实践的反思。

事实爆炸于各个方面都有所表现。事实发现程序使文件得以迅速地传递，使任何证词都可以录入磁带。在商业方面，情况就更为复杂了，即使是IBM公司的财务人员也很难理出其头绪，更不用说一般的法官或陪审员了。使用专家证词的事例大量增多，而且所请的专家不只限于早已名声显赫的头脑冷静的心理学家和口若悬河的心理分析专家，还包括那些被认为通晓印第安人墓地、贝叶斯概率、色情小说的文学质量、科得角的殖民地历史、菲律宾人的言语方式或家禽贸易的概念秘密（如“什么是鸡？鸭、火鸡、鹅以外的即是”）的人。公法讼案也日益增多，如集团诉讼、制度性辩护、善意抗辩、特别助审，等等，它促使法官去更多地了解阿拉巴马州的精神病医院情况、芝加哥的不动产、费城的警察和普罗维登斯的人类学研究机构，而他们本来或许不会有了解这些情况的雅兴。当代生活中技术日新月异，发明推陈出新，从而使一些尚未确定的技术，如电子窃听、声音复制、民意调查、智力测试、测谎以及最为著名的机器赌博等置于司法监督之下，同时也出现了一些业已确定的技术，如弹道技术、指纹录制技术。但是最为重要的是，出现了这样一种一般性革命，即人们提高了对识别事实可能性的期望，也提高了对解决由唯科学主义那种一般性文化所产生的复杂问题的能力的期望。诸如此类的变化或许使最高法院法官布莱克穆恩（Blackmun）先生在回答是否可以堕胎的问题时，不得不为胚胎学问题而费尽脑筋。

上述种种变化在法律和执法者当中所产生的对事实的恐

惧，也同样明显。就法庭上如何判别各种信息而言，对事实的恐惧乃是法官长期存在的一种心态，尤其在普通法国家，在那里，各种信息是由非职业的陪审人员鉴定的。一个普遍的现象是，证据法规则的制定以及这些规则所反映的将事实问题与法律问题截然对立的做法，乃是出于对陪审团这个“事实的理性裁定者”的不信任，而不是出于对陪审团的实质功用的考虑。正如新近出版的一本法律手册所正确指出的那样，法官对证据可接受性的裁定工作，乃是确定何时“不需要这些证据而审判可以做得更好。”[4]民事案件由陪审团审理的情形越来越少，有关陪审团运作的经验性研究不断增多，一系列关于对陪审团制度进行改革、有关从文官制度中引进预审程序、或关于再审查的建议的提出，以及赫伯特（A. P. Herbert）那种道德疑虑（即“把十个男陪审员和两个女陪审员关在一间冰冷的屋里并饿着肚子，”让他们来决定“那些就连最聪明的法官和律师都感到困惑棘手的问题，”是否真是明智的做法。）的普遍化，都表达了同样一种忧虑：法律之手正失去对各种事件的控制。[5]

藐视陪审团［这是一种曾经被弗兰克（Frank）法官比作迷恋名望的太平洋岛民所贪图的但却毫无用处的像人一般大小的鱼钩的制度］也并非是有关在法律诉讼中排斥事实这一日益增高的愿望的唯一表现；[6]下述现象都表达了这一愿望：侵权法中的严格责任观念（它把事物的“发生了什么”的一面化约到只有行为主义者才能处理的层面）或者是无过失观念（它干脆把这一面化约到了实际上不存在的地步）越来越为人们所接受；关于被告的认罪交易（它可以避免不正当的取证手段，而且还可以为法庭提供所规定的事物的事实一面）在刑事案件中正日益增多；法理学中“经济”法学理论（它使法学的经验研究兴趣

从零碎的问题转移到了解决这些问题所会产生的可以计算的结果上，从划分各种财产索赔权转移到了分析各种社会成本上）也正在兴起，等等。这种比较纯粹的司法审判从未像现在这样受到关注。

当然，如果完全没有证据甚或假证，审判就肯定无法进行；甚至上诉法院，也必须从那个做出允诺、受到伤害和从事恶行的领域中取得某种证据，而不论这些证据是真还是假，也不论其说服力大小。对事实加以概括整理以便于法庭记录，一如我早已指出的，本身就是一个不能避免和不可或缺的程序。但是，随着经验复杂性（或者，从批判角度言，对于经验复杂性的认识）以及对这种复杂性的恐惧的增加，这一程序也变得日益精细了；这一现象严重困扰了弗兰克法官、朗·富勒（Lon Fuller）、约翰·努南（John Noonan）等一大批著名的法学家，而且我敢说，当然是更为严肃地说，为数越来越多的原告和被告突然发现，不论法律依据的是什么，它都不是全部真象。[7]法律事实并不是自然生成的，而是人为造成的，一如人类学家所言，它们是根据证据法规则、法庭规则、判例汇编传统、辩护技巧、法官雄辩能力以及法律教育成规等诸如此类的事物而构设出来的，总之是社会的产物。对法律事实的这种认识给一种司法理论带来了严重的问题，这种理论认为，司法乃是，举一范例而言，“一系列把事实构成与规范相对应（matching）的过程，”在这一过程中，“一种事实情形可以被对应于几种规范中的一种，”或者“人们也可以通过对所发生的事情的彼此冲突的认识进行比较而援用某一特定规范。”[8]如果“事实构成”不只是那些直接可以从现实世界中发现、带到法庭出示的事物，而是还包括对应过程本身所产生的经过裁剪的现实的图像，那么整

个过程就显得有点像变戏法那般扑朔迷离了。

当然，司法不是变戏法，至少通常不是变戏法；司法毋宁是一种颇为基本的现象；实际上，整个文化都是以它为本的，亦即是说，文化是它的反映。提供事实以使律师作出辩护、法官得以听证、陪审团做出裁定，只是一种“提供”而已：一如交易、科学、宗教、艺术等其他领域，法律（只是上述诸多领域中的一小部分）提供了一种使其描述具有意义的世界。我将在下文中再讨论这种表述事物的方式所可能产生的悖论；此处的关键在于，事物的“法律”面相并不是一系列限定的规范、规则、原则、价值或者法官可以用作判案依据的任何东西，而是想像真实的独特方式的一部分。从根本上讲，法律所关注的并不是过去发生的事情(what happened)，而是现在发生的事情或会发生的事情（what happens)；如果法律因时因地因民族而有所不同，那么它所关注的对象也会不尽相同。

有论者把一个法律制度，不管是我们自己的还是其他民族的，区分为对何谓应然的思考和对何谓实然的思考［这里套用卢埃林 Llewellyn 辛辣的公式，因为它在人类学家中具有足够的影响］，而且把“法律技术”，不管是我们自己的还是其他民族的，视为是使回应何谓应然的道德判断符合于回应何谓实然的经验判断；但是，卢埃林指出，与其这样认为（在我看来，他的观点乃是较为“现实主义”的），还不如把这些法律制度看成是对世界以及在其间发生的事件的一种明确且敏锐的描述，而把“法律技术”视为是一种使这种描述达致准确的有组织的努力。[9]法律对事实的描述从一开始就是规范性的；它向任何会认真考虑这种现象的论者(不论是法律家还是人类学家)提出的问题，并不是如何协调两种存在领域、两种心智能力、两种

正义、甚或两种程序，而是法律对事实的描述本身应当如何被描述。

这一问题远没有获致明确的答案，也许还有待于法理学本身所不可能产生的文化理论的发展。但是，法律摹仿说（jural mimesis）无疑优于对应反映说（matching image），对应反映说认为应当把业已确立的规范去适合于所发现的事实，而法律摹仿说则是一种以话语为核心的理论，用瑞士一位年轻的人类学家弗兰兹·冯·班德—白克曼（Franz von Benda-Beckmann）的话说，它把审判视为是在一般律令（不论如何表述）的条件语式（if-then idiom）与具体案件（不论如何论证）的因果语式（as-therefore）之间来回运动的过程。[10]这一理论仍是有着浓重的西方思维特点的事物描述方式，不可能使全部民族志学者都予以接受，因为他们研究的主题并不都是可以作出明确的有条件的推理的，甚至更不可能是把一般性思想与特殊事例进行对照的，而且这种理论无疑也不是没有自身的方法论上的问题的。然而，这一理论至少将其关注点置于一个正确的地方：法律制度和机构如何在想像语言与判决语言之间进行译释，以及如何据此形成一种明确的正义观。

可以这么说，法律与事实这一问题的形式，从如何把法律与事实结合起来转变到了如何把它们二者区分开来；西方人认为，依凭规则区分正确与谬误，就是所谓判断，通过方法区分真实与非真实，就是所谓证明；但是西方的观点只是达致这一点的一种方式。如果在纽黑文或新赫布里底，审判涉及到用一种具体推理的语言（同时也是一种具有普遍连贯性的语言）来描述具体情势，那么审理一个案件就远不只是厘清证据来佐证一个论点了。这样，审理案件就成了对事件的特定过程和生活

的总体观念的描述，其方法乃是依凭彼此的可靠性予以相互支撑和佐证。任何一种企望可行的法律制度，都必须力图把具有地方性想像意义的条件的存在结构与具有地方性认识意义的因果的经验过程勾连起来，才可能显示出似乎是对同一事物所作出的深浅程度不同的描述。法律或许不像霍姆斯所竭力主张的那样，是笼罩大地且无所不在之物，但它也肯定不像法律现实主义者所认为的那样，是用以避免争议、增进利益和调整纠纷的一系列精巧方法的集合。它更像一种市场观(Anschauungen)。

需要指出的是，不同的市场，有不同的市场观。我在上文所提到的明确的正义观——由于我要讨论的是一些人们并非熟知的文化共同体的问题，所以我将称其为法律认识(legal sensibility)——因此就成了任何对法律的文化基础进行比较研究的学者首要关注的对象。这些认识不仅在明确与模糊的程度上存有差别，而且在与其他思想感情方式相对时，它们对社会生活的过程所施加的影响也不一样（同是面对污染问题，丰田公司雇用了一千名工程师，而福特公司却雇用了一千名律师），甚至在具体风格和内容上也存有差异。他们在按审判所要求的形式描述事件时所使用的手段也存在着明显的差异——如他们所采用的符号、所描述的内容、所作的分类和所反映的观念。我们可能会在任何地方都遇到事实与法律的问题，但是它们的截然划分却不是到处都有的。

关于法律语言的特征就先讨论这些，现在我们来讨论一个更富有人类学意义的事件。请让我摹仿马林诺夫斯基(Malinowski)著名的“棕榈树中的风的样式”(wind-in-the-palm-trees style)，邀请你与我一起去南太平洋上一个阳光充沛的小岛，看

一看坐落在火山斜坡上和绿树丛中的一个村庄。那儿有一种制度，看起来很像法律，却把一个本地人给逼疯了。岛名叫巴厘（村名可以省去），而那个本地人我们则可叫其为雷格瑞（Regreg）（这件事发生在1958年，此人可能已经去世了）。

雷格瑞的麻烦是因他的妻子离他出走而引起的，且不论他的妻子是被外村人拐走，还是她诱走一个外村人，甚或他们一起决定私奔，因为巴厘实行的是一种假抢婚制，而这种制度使当地的人们不易识别这类事件，甚至他们会认为不值得去关注这类事情。然而，雷格瑞却被激怒了，他要求村议会（村议会由约一百三十名男子组成，每三十五天召开一次会议，决定村里的事务）采取措施把他的妻子找回来。尽管村议会的每个议员都对他的遭遇深表同情，但是他们却向他指出，结婚、通奸、离婚等诸如此类的事情不是议会所考虑的问题；关于这一点，雷格瑞当然也很清楚。这是属于家族处理的事务。在巴厘，家族的界定是很明确的，各家族都很珍惜自己的特权。雷格瑞的问题超出了村议会的管辖权，他找错了投诉机构。（巴厘各村都有明确的规则，刻在或重刻在棕榈树叶上，代代相传；它所使用的基本上是宗教语言，但却非常具体，它界定了各种以联合形式组成的团体——如议会、家族、灌溉团体、寺庙僧众和自愿社团——的权利和义务）[11]村议会议员原本会真诚地帮助他，因为他们认为他受到了不公的待遇，但从规章制度上讲，他们却不能帮助他。雷格瑞的家族对雷格瑞更加同情，因为他的妻子和他同属这个家族，她是他的堂妹。但这个家族小、势力弱、社会地位低，它也无能为力，最多给他一些安慰——安慰的内容都是些老套套，什么这就是生活，过去的就让它过去吧，其他的姑娘（甚至堂妹）有的是。

然而，雷格瑞并没有因此而息怒。七八个月后，轮到他担任村议会五个领导人之一，那时他却逃避了，他的麻烦也就真的来了。村议会的领导，自动轮换，任期三年，这在雷格瑞的村庄至少是这样（其他村的情况也许不同，至少在某一方面不同）；当轮到你时（事实上并不是每个人都能轮上的；雷格瑞轮上了，但运气实在不佳），你必须为大家服务，克尽职守。这是议会的职责，它和因违反职责而遭致神的惩罚一起刻在那些棕榈树叶上，内容详细而明确，以防违反。拒绝为大家服务（在人们的记忆中，雷格瑞是第一例），就意味着你不仅从村中消失，而且从人类中消失。你会失去你的房地产（因为它归村里所有），而成为一个流浪汉。你失去了进入村里寺庙的权利，也就无法与神灵接触。当然你也失去了政治权利（如参加议会会议、参加公共活动、诉诸公共帮助、使用公共财产，所有这些权利在巴厘都具有极其重要的意义）。你失去了由继承而获致的社会等级地位，而这是一个具有更重大意义的问题。再者，你也失去了整个社会世界，因为没人再敢同你说话，否则就会受到惩罚。对雷格瑞的处罚，严格说来，虽不是极刑，但对巴厘人而言，它距极刑也只有一步之遥了。巴厘人有句谚语，“脱离了协议（adat，该词极为重要，我拟在下文中就其含混之处做比较详尽的讨论）共同体，就意味着等待死亡。”

巴厘人恪守自己的规则的程度，使人类学家——尤其是来自爪哇的人类学家，就更不用说来自美国的人类学家了——感到吃惊，并产生浓厚的职业兴趣。但是雷格瑞为什么这样不明智地拒绝履行其公共义务呢？这一点并不清楚。村民们无论如何不会对他的动机这样的问题感兴趣，也不会去考虑这个问题。（“天知道。他只是想把他的妻子弄回来而已。”）相反，村民们

由于知道他所面临的灾难，就竭力劝他回心转意，去担任职务；村议会在几个月的时间里召开了六次特别会议，以使他改变主意。朋友们整夜整夜陪着他，他的亲属求他、哄他、威吓他，可一切都无济于事。最后，村议会一致决议（议会决议都是一致通过的）驱逐他。他的亲属在做了最后一次努力后也把他驱逐了，因为村议会在解决这个问题上比家族具有优先的决定权，如果家族不驱逐他的话，整个家族就会同雷格瑞一样遭到驱逐。即使是他的直系亲属——父母、兄弟姐妹、子女，最后也不得不遗弃他。当然，他们都认为是雷格瑞遗弃了他们，我以为他们的观点是极其合理的。

无论如何，不争的事实是雷格瑞被遗弃了。他无处安身，像个幽灵，或者准确地说更像一条狗，在街上、庭院里四处游荡（尽管巴厘人养很多狗——这种肮脏、消瘦、无休无止吠叫的动物——他们却对它们带有一种近似病态的鄙视，常常把它们当作垃圾一样随便乱踢，因为它们处在神—人—动物这一等级金字塔的最低层）。尽管人们不能同他说话，但还时不时地扔东西给他吃。几个月后，时间渐渐把事情冲淡了，他变得精神恍惚、语无伦次，再也无法向那些耳朵已听出茧子的人们申诉他的事情，也许连他自己都不记得到底发生过什么事情了。

然而就在这时，一件颇出人意料、前所未有的事情发生了。巴厘以前的最高的王君，按照有关规定当时已成为新共和国的地方长官，他来到了村里为雷格瑞辩护。按照东南亚印度文化圈内国家的典型观念（当时这在巴厘可以发现，而在某些方面，尽管有些改变或强化，现今仍可以发现），他处在我于上文所述的从神到动物等级的过渡阶段，其人性渐渐向神性升华；或者按照巴厘人的传统观点（他们习惯由高往低地看待等级），是神

性渐渐渗透到其人性之中。[12]因此，他是半神或准神（他被称为*Dewa Agung*，即“大神”），是岛上最富神性的人物，即使在1958年他也是岛上政治地位和社会地位最高的人物。他在场的时候，人们依旧匍匐在他的脚下，用极其正式的语言对他说话，依旧认为他曾受过强烈而吉祥的宇宙力量的启迪。在过去，像雷格瑞这样一个在地方上被驱逐的人，作为一个无能力的贱民、一个依赖者或被保护者，最后往往是死在他的王宫之中或者他的一个贵族的府邸里。

当这样一个湿婆、毗湿奴或其他神的化身来到村庄时，村议会召开特别会议予以迎接。他坐在帐篷里的地上，表示在这个场合他只是一个客人，尽管是一个高贵的客人，但不是王君，更不是什么神。村议会议员极其认真地听他讲话，而他讲的却不是什么传统的东西。他告诉他们，这是一个新的时代，国家独立了。他理解他们的心情，但是他们真的不应该再驱逐人、没收他的房地产、剥夺他的政治权利和宗教权利，等等。这是过时的、非现代的、不民主的和非苏加诺式的方式。他们应当本着新印度尼西亚的精神做事，并为了向世人说明巴厘人并不是愚昧落后的，他们应该把雷格瑞找回来，即使一定要惩罚他的话，也必须改变方式。当他讲完时（他讲了很长时间），村议会议员们慢条斯理地、甚至更加虔诚地告诉他，他应当滚回去。他很清楚，村里的问题是他们的事情，而不是他的事情。尽管他的权力很大也可以很好地利用，但却不在这个方面。他们对雷格瑞事件的处理是以村里的规章为依据的，如果他们违反了这个规章，灾难就会降到他们头上，老鼠会吃光他们的庄稼、大地就会颤动、高山就会崩塌。他所讲的新时代的每一点都是正确的、真实的、高贵的、美好的、现代的，他们也和他一样向

往（这是真的，这个村庄非常“进步”，有一半以上的人是社会主义者）。但是，雷格瑞还是不能重新进入社会。无论是依凭传统地位还是凭藉现在的职务，包括其他各种努力，都尝试过了，但毫无结果；最后，这位神圣的君王和人民的公仆只能祝愿村民兴旺发达并感谢他们的招待，在他们的叩头声中离去。这件事就再也没有人提起了。我最后一次见到雷格瑞时，他已染上了很重的精神病，游荡在一个差不多是幻想的世界中，没人理睬、没人同情。

很显然，这一可怖的小事中有很多值得我们讨论的东西，它也许会使那些喜欢听 Storrs 讲座的人联想到格兰特·吉尔摩（Grant Gilmore）所描写的地狱。他把地狱描写成了没有别的东西而只有法律和严格执行正当程序的地方。我在下文讨论更重要的问题时会经常提及这件事，以它作为出发点。[13]但是，首先，与我们直接相关的是，在这件事情中，事件、规则、政治、习俗、信仰、情感、符号、程序和形而上学都被纠结在一起，其方式又是如此陌生、如此微妙，以至于进行“实然”和“应然”的纯粹比较就显得过于粗糙了。我以为，人们也无法否认这里存在着一种很强有力的法律认识，它有形式、有特性、有穿透力，甚至不需要法学院、法律顾问、法律重述、法学刊物、经典案例的帮助来加强这种认识，它本身几乎就是一种明确的而且成熟的自觉。雷格瑞当然也不会否认这一点（如果他还能表达他的观点的话）。

在这里，事件和审判纠结在一起，套用保罗·海姆斯（Paul Hyams）论英国神裁法时的一句话，其间没有任何力量促使对事实细节做深入的调查，也没有任何力量促使对法律原则做系统的分析。[14]相反，在从雷格瑞妻子私奔、他拒绝履行义务到王君

莅临、雷格瑞发疯这一案件中（如果可以称作案件的话），贯穿始终的乃是这样一种普遍观念：这个世界上的事物和其间的人类，被安排成不同类别，一些是上下等级的，一些是并行同位的，但是不同类别之间的界线是分明无误的。无法归入类别的任何事物都会破坏整个结构，必须加以纠正，或者把它消除。这里的问题不在于雷格瑞的妻子是否对他干了这事或那事，也不在于他是否对她干了这事或那事，甚或也不在于他当下的心智状态是否适合担任村议会的领导。没有人关心这事，也没有人会去设法了解这事。问题也不在于审判他的规则是否合适（同我谈过话的人都认为合适）。甚至问题也不在于村议会的做法是否令人可佩（我所访谈过的人都认为，王君的说法有道理，村议员们则是一帮真正落后的人）。真正的问题在于，用一种巴厘人不会也不可能用的话说，条件性法律的解释描述和因果性法律的命令描述，彼此是如何进行转换的。给定我们所信仰的东西，我们必须如何作为；给定我们的行为方式，我们必须信仰什么。

这样一种研究进路，不是法律的人类学家或法律人类学家的方法，而是文化人类学家的研究方法（他们用这种方法暂时避开神话和宗亲制度，转而关注一些能使西方法律家联想到他们自己处理的案件的问题），这种方法既不是把规则作为关注点，也不是把事件作为关注中心，而是把尼尔森·古德曼（Nelson Goodman）所说的"世界观念"（World versions），和他人所谓的"生活的样式"（forms of life）、"认识"（*epistemes*）、"感觉贯联"（*Sinnzusammenhange*）或者"认知系统"（noetic systems）[15]作为研究中心。我们所关注的是意义，是巴厘人（或任何人）通过把行为置于更大的分类甄别意指系统（frames of sig-

nification）——实用上的、道德上的、表达上的……法律上的——之内而促使其行为具有意义的方式，是他们通过根据那些大的意义系统去组织行为而维持或力图维持那些系统的方式。权威领域的分野（家族和议会的分野、议会和君王的分野）、过错被定义为对公共礼仪的破坏而不是对政治秩序的破坏（雷格瑞的顽固行为并不被认为是对政治秩序的威胁）、而且所使用的救济措施亦即把社会人格扼杀至死，所有这些都表明了他们具有一种强有力的、独特的、对我们来说甚至是怪异的关于“世界存在方式”（the way the world is，再套用古德曼的一句短语）的观念。[16]

关于巴厘人的世界存在方式，即使只做初步的描述，也需要一部专著来完成。他们的神灵、群体、阶层、女巫、舞蹈、仪式、君王、米饭、血缘关系、狂幻境界和工艺，都是同一整套令人迷惑不解的礼仪纠结在一起的。认识巴厘人的世界存在方式的钥匙，如果存在这种钥匙的话，很可能是他们的礼仪，因为他们的礼仪方式具有一种我们无法相信甚或品赏的强力。但是不论如何，我都将尽力去处理它们，以便于人们对之不会太过惊诧和陌生，因为在任何地方，事件的“文化情境化”（cultural contextualization）都是法律分析的一个重要方面，一如其之于政治分析、美学分析、历史分析和社会学分析的重要意义一般。在法律分析方面如果有什么一般特征的话，那么这些特征就存在于这种文化情境化的方式之中；其目的在于审判，而不是在于因果解释、哲学反思、情感表述或道德判断。由于我们对我们自己所处的社会的文化背景常常会持一种想当然的态度——即自以为能够理解，这就使我们对大部真正的法律程序不甚了解，因此我们就必须使我们的观点与我们的判决互相印证，换

言之，它们实际上是同一基本理性的纯粹面相和实践面相。

正是在这里，人类学，或至少是我所关注的那种人类学，亦即我正力图（尽管成效不大）使人们称之为“解释的”那种人类学，渗入到了法律研究领域，如果确实有这种渗入的话。把我们对村议会议员的心智的认识与其他种类的地方性知识进行比照，我们就可以使村议员更加认识到其自身以外的法律认识形式，而且也能使他们认识到其自身的法律认识形式的确切性质。当然，这是相对主义的做法，人类学也因它而臭名远扬。这种相对主义认为，非洲人嫁娶死人，而在澳大利亚他们却食蠕虫，但是，相对主义并不是要为虚无主义、折衷主义或别的什么主义张目，它也不只满足于指出，越过比利牛斯山，真理就变成了谬误。相反，它把自我知识、自我感知和自我理解的各个过程与对他人的知识、感知和理解的诸过程勾连在一起，这就使我们接近认识到我们是谁、我们在谁中间。而且与此同时，它有助于我们避免误导性地描述我们自身使问题成为可受理的案件的方法（比如，将法律与事实彻底分离），也有助于促使我们去了解我们本不太愿意了解的与我们不相一致的关于应当如何处理问题的各种观点（比如，巴厘人的观点），因为这些观点如果不比我们的观点缺少教义性，那么也不会比我们的观点缺少逻辑性。

至少在某些方面可以说，人类学越来越关注个人和个人群生活所凭藉的意义结构，也越来越关注符号和符号系统——正是通过这些符号和符号系统的功用，意义结构才得以形成、沟通、设定、共享、修正和再生。人类学于上述关注点的转向，不仅为神话、仪式、意识形态、艺术、或分类系统（classification

systems，人类学应用的较易验证的领域)的分析提供了希望，同时也为法律的比较分析指明了出路。[17]一如霍卡特(A. M. Hocart)所言，“人生来不是被统治的，”但是我们发现，人，不论是个体还是集体，总是由于把自己困绕在一套意义形式——用我本人的说法，“他自己织就的分类甄别意指之网”(webs of signification)——之中而成为被统治的对象；这样，我们的上述发现就又使我们趋于这样来理解审判，即把它比作为一种文化阐释学（行为语义学），而不是一种社会机械学（判断物理学）。[18]弗兰克·奥哈拉(Frank O'Hara)在讨论诗的时候指出，诗使生活中的模糊事件变得可触并回复了其细节，这对法律来说也可能同样正确，而且业已见于不同场合。

一如笔者于上文所指出的，这种研究方法，如果认真地检视，走向了人类学家、法律家和其他社会科学同道研究法律的主流分析方法的反面。米歇尔·巴肯(Michael Barkun)认为，我们这些法律制度的比较研究者所必须做的乃是“从具体的文化积淀中推断出纯粹的结构”；他声称他的这一观点源出于史密斯(M. G. Smith)，但在我看来只是一种倡导化金为铅的怪异炼金术的建议罢了。[19]古利弗(P. H. Gulliver)自称的“信仰宣言”(declaration of faith)——他说是由Storrs讲座的人类学前主持人也是我的唯一前任马克斯·格拉克曼(Max Gluckman)为他确立的——声称，他所关注的乃是“在很大程度上决定某一争议的结果的社会过程”，而不是“对谈判运作所依凭的推理过程的分析。”我以为，类似这种宣言的各种宣言都是彼此不相一致的。[20]又例如，伊丽莎白·考尔森(Elizabeth Colson)认为（天知道他的观点源出于何处），那些关注符号系统的人之所以如此关注符号系统，是因为他们害怕社会冲突的血污、急于讨

好权势者，进而退缩到被认为是非人格的、超越冲突的，并依照自身逻辑进行运作的领域。然而在我看来，这是一种毫无根据的诽谤。[21]我这样说，并不是要否定他人已做过的和他人正在做的工作（尽管我对其大部持批判态度），也不是要把我们这个职业分裂成势不两立的阵营（尽管这种分裂会自然产生，而不需人为），我的目的在于铺设一条不同的路径。我将关注具体的文化积淀，潜心研究推理的过程，钻研符号系统。这种方法不会使我们脱离现实世界，而是更接近现实世界。

更确切地说，它把多种世界带到我们的视野中来了。我将力图简要地勾勒出三种颇为不同的法律认识——伊斯兰的法律认识、印度的法律认识和见之于马来—玻利尼西亚中马来部分的所谓习惯法认识，并把它们同一般的关于何种现实真正隐含于其间的观点联系起来。当然，这种论述太过简略而不太可能有多大说服力，然而它指涉又太过宽泛而很难避免要切实地讨论一些问题。因此，我将通过解析三个术语——也即在我看来是上述三种一般观点中的三个核心概念——来进行上述分析：*haqq*，在伊斯兰世界意指“真理”，当然也含指更多的意义；*dharma*，在印度文化圈里意指“职责”，当然也有许多其他含义；*adat*，在马来亚意为“惯例”，当然也含有许多其他的意思。

正是上述概念所具有的“许多其他含义”引起了我的关注。我的目的在于发现一般观念，而不在于剖析法典。我至少要简略地描绘出在上述各个特定情形中（本文的论述将会更为具体，因为我拟依据我对摩洛哥和印尼的调查研究来说明问题）因果性结构确立于其间的某种条件性结构。通过这种描述，进而在与我们社会中的事实—法律问题的比较中，获致些许关于他们社会中的事实—法律问题的认识。

这一任务我将在本文第二部分完成，但是即使解决了这个问题，我们仍有些小问题需要解决，比如，随着我们在具体事务中都变得日益相互影响对方，上述不同的法律观点将以何种方式进行联系，尽管实际上这些不同的法律观点正在进行相互联系而且过去也一直在发生联系；在世界的日益失序中，地方性知识与世界整体意图是否能够协调。对于这些问题我将在本文第三部分加以讨论，以证明我的观点，即尽管任何人都可以对此进行猜测，但是人类学家的猜测至少是值得法学家的重视的。当然，我的这种观点不免具有狂妄与轻视常识之嫌。

二

我在本文的第一部分业已指出，任何地方的“法律”都是对真实进行想像的特定方式的一部分。此处我愿意提供某种证据；这种证据简要明了，几乎不含结论，甚至没有进行系统处理，但却富有启发性。我不想证明什么，不论这种“证明”对此一开创性研究具有何种意义，我更多地是想引发出一些东西，如法律生活的其他形式。因此，冒险是不可取的，换言之，我们所需要的或最能希望得到的，不是精确建构起来的精确命题；我们所需要的或最能希望得到的乃是尼尔森·古德曼所认为的那种真理的现代典范，即科学法则——他甚至把这种法则视为“最接近经得起检验而未被验定的但却富有启发性的谎言（the nearest amenable and illuminating lie）”；[22]他对这些问题的态度也同我的态度极为相近。

如果人们这样看待法律，即如或科学或宗教或意识形态或艺术等一样，把它视为一种认识事物存在方式的观点（在法律

的情形下，那种观点在处理争端时还往往与一些其他的实际态度结合在一起，因此它似乎使那些态度也决定于事物存在的方式)，那么，事实与法律的整个问题就都不同了。似乎存在于杂乱的事实与业经思考的判决之间、何谓实然与何谓应然之间的论证过程，用我的话说，就变成了存在于两种语言之间的论证，一种是具有普遍一致性的语言（而不论它是多么含混和多么杂乱)，另一种是具有具体结论的语言（而不论它是多么随意和多么不具条理)。正是这两种“语言”（即符号系统）和这种论证过程，是我在此处所要讨论的，当然，这一讨论一方面是经验性的，以使其足以可信，另一方面又是分析性的，以使其足以有意义。

一如我在上文所述，我将从解读三个重要的概念入手，这三个概念源出于三个不同的道德世界并且与彼此不同的法律认识相勾连——伊斯兰的法律认识、印度的法律认识，还有一个尚无准确称谓，我称其为马来亚的法律认识（不是仅指马来西亚一个国家，而是指代表东南亚整个澳亚语系的地区)。当然，这种研究路径有些不正统。再者，诉诸上述一般性的文化观念表明，它不仅有不正统的问题，而且还充满了某种人类学研究特别容易跌落进去的陷阱(如那种把法国人视为笛卡尔主义者、把英国人视为洛克主义者的研究方法)。此外，试图通过对几个单一概念（而不论这些概念的含义有多么丰富）的探究来反映那些巨大文化实体的特征，也似乎肯定会造成误导。但是我以为，如果处处谨慎并加以适当的限定，大硬伤（特指陈规老套）还是可以避免的。

第一个谨慎之处是我要承认，我将使用的三个概念，并非唯一我可以使用的三个概念，甚至不是最合适的三个概念。

ḥaqq，系阿拉伯语，含义很不确定，具有我们所说的“现实”、或“真理”、或“有效性”等相似的含义；*dharma* 本是梵文，现在从任何由乌尔都语转入的泰语中都可以发现这个词的痕迹，它的含义大体是“职责”、“义务”、“是非曲直”等；*adat* 也是一个阿拉伯词，但被用在马来语中时意指“社会共识”与“道德风尚”之间的那种含义。当然，*Šariʿa*（“道路”、“方法”）和 *fiqh*（“知识”、“理解”）是思考伊斯兰法律特征的更为一般的起点；*Agama*（“律令”、“教义”）或 *śāstra*（“教规”、“论述”），可能更直接地与印度法观念相勾连；另外，*patut*（“适当的”、“合适的”）或 pantas（“恰当的”、“合适的”），对东南亚来说也许更适当，因为它是本地土语，仅此一点就优于舶来和重撰之语。然而我们真正需要的，于上述各种情形中，并不是用以界定关键概念（point concepts）的术语环，而是一种观念的结构，它具有多重意义，具有多个层次，而在每一层次又具有多重意义。但是，本文显然不可能完全达致这一要求，因此，本文不得不有所割舍。

我们对于这些问题的历史方面和区域方面也只得做大胆的简单化处理。就“伊斯兰世界”、“印度世界”或“马来亚世界”而言，尽管我的大部工作事实上在于对它们做一般性讨论，但是它们并非同质的实体，它们在时间、空间和人口方面都不尽相同。[23]对它们加以具体化的处理，诚然一直是一种主要的手段，这使得“西方世界”（这也是一个并非同质的整体）始终能够回避去了解它们甚或躲避认真地看待它们。这种手段在过去可能功用不大，也可能没有什么功用，因为我们不是自我陶醉，就是热衷于使他人接受我们的生活观。然而现在，这个手段一定是不会具有什么作用了，因为我们要重新界定自己——

既不能疏离别人，把他人当作对立面；也不能太接近别人，把他人作为摹本；而是要把我们自己置于他们之中；这个问题我将在本文的结论部分进行比较深入的论证。

然而，由于本文的目的在于对我们的一些正义观念作一比较分析，而不在于提供一本“东方概览”，所以淡化处理每个世界的内部差异和不同的历史动力是有必要的，这种淡化处理也许比在其他时候害处要小些；因为它也许能使我们集中探讨核心问题。但无论如何需要谨慎，这就是第二种谨慎：应当牢记的是，在我援引各个时期和地域的资料来论证我的观点时，在我论及“伊斯兰世界”，“印度世界”和“马来亚世界”时，我始终还同时留心着我作为某一特定历史时期的人类学家在近些年中研究的一些边际类型个案，例如：摩洛哥，它处在穆斯林世界的最西端，远离麦加的召唤；巴厘，它是处在印度尼西亚群岛最东面的一个小小孤岛，岛民信仰神秘莫测的印度佛教；还有爪哇，它留有世界上各大帝国的痕迹，它在过去的十五个世纪中，由于各大帝国都投身于亚洲贸易，所以那儿的“马来亚”文化基础已经被世界各种主要文明（南亚、中东、中国、欧洲）所覆盖。

最后一种谨慎是我必须强调，我所做的并不是演绎推理——根据某种内在的逻辑，从一些一般的观念（有时称假定）推论出整个的思想和实践的结构；我欲做的毋宁是一种阐释——把一般的观念作为便利之器而用之，以理解社会制度以及围绕这些社会制度并赋予这些制度以意义的文化程式。[24]我所用的这些概念虽不是根本的概念，但却是定向的概念（orienting notions）。它们的价值并不依赖于对存在着一个高度整合的行为与信仰系统的假设（即使巴厘这样一个同质性很高的小岛，也

不具有一个如此这般的业经高度整合的行为与信仰系统），相反，它依赖于这样一个事实，即作为具有某种深刻地方性的观念，它们可以给我们指出方向，去理解我们所试图把握的那种不同于我们的法律认识所具有的明确特征（而不管这些特征多么不尽相同且理路不清）。

上文所提到的三个术语，用另一种方式来表达，更类似于西方的“权利”（Recht，droit）观念，而不是“法律”（Gesetz，Loi）观念。它们并不太多涉及“规则”、“条例”、“禁令”或“律令”，更多指的是一种处于“适当”（或“合适”、“恰当”、“适宜”）与“真实”（或“真理”、“确实”、“真正”）之间并表达它们之间不可分割的原始的内在联系的概念（具体是什么尚不清楚），换言之，这一概念联接了“正确的行为”的“正确”（correct）与“正确理解”的“正确”（correct）。*ḥaqq* 这个词比其他两个术语更能表达这一概念。

伊斯兰法理学中有一个阿拉伯词 *ḥukm*，基本与“规则和条例”意思相对应，它的词根同“裁决、判刑、处罚、管制或命令”等意思相联系，所以法官、法庭、合法性和审判等最常用的语词也正由此词根衍生而来。但 *ḥaqq* 不同，它是这样一种概念：它把一种职责的学说确定为一系列纯粹的主张、对杂乱事实的陈述、一种意志结构而不是客体结构，它把真实视为在本质上是命令性的。这里道德和本体互换了位置，至少在我们看来是如此。道德在我们看来是“应然”，但它却变成了一种描述，而本体对我们来说是“实然”之家，它却变成了一种要求。

我用 *ḥaqq* 概念所要阐明的正是那种把真正的真实表述为某种应当回应的命令，亦即一个意志与意志相遇的世界，一个真

主和它们相通的世界，而不是某种所应思考的形式，所应认识的问题和所应假设的实在。这种观念对我们所要探讨的法律认识来说虽然过于一般，但我想，对伊斯兰法律术语作任何系统的思考，都会马上把人们导向这一观念。[25]这里的“真实”指的是积极的、深深道德化了的、具有要求的真实，而不是那种静待人们去观察思考的中性的抽象的“存在”；它是预言家所指的真实，而不是哲学家所谓的真实。正是它把我们带向了宗教，一如此一狂热世界中的任何其他事物最终也会以各种怪异之法把我们引向宗教一般。

Ḥaqq，一如 *al-Ḥaqq*，实际上是神的称谓之一，同时由于它与“言说”、“力量”、“生命力”和“意志”等相勾连，所以它也是神的永恒性特征之一。它反映了事物最基本的存在方式，连只字不识的穆斯林也这样认为；对于他们来说，上述观念是通过日常口头道德教育、谚语、风俗习惯、《古兰经》的教条和清真寺的布道而获得的。一如研究伊斯兰教的专家 W.C. 史密斯（Smith）所说，“*Ḥaqq* 所指的，原本就是真实本身，它是一个用来描述神的美德的术语。*Huwa al-Ḥaqq* 意为神就是这样的真实。然而，任何其他真实的东西也叫 *ḥaqq*。*Ḥaqq* 的意思首先是‘真实’，其次才是仅属于那些把神和真实等而视之的人（指穆斯林）的‘神’的意义。*Ḥaqq* 意指真实［不管用不用大写 R（指单词 reality——译注）］意义上的真理。[26]” 实际上，在阿拉伯原文中并没有使用大写，但是，R（或更确切地说 ḥa’）的形上感与 r 的形下感的关系却是问题的关键，它把对事物组成方式的超越感（即直观一致性的条件必然性）与对具体事件的特殊判断（即对现实生活的因果判断）连接在了一起。

这个术语本身便实现了这种勾连（从语义上说是如此，但

我并不意图论证其缘由，其含义之广一如东方中部地区的历史及其社会所涉）。因为它既意味着“真实”、“真理”、“实际”、“事实”、“神”等，而同时，同一个词（或作为一个阿拉伯语），变换一下音素形态，它的意思也包括“正当”、“职责”、“义务”、“要求”以及“公平”、“有效”、“合理”、“合适”等等。“The *ḥaqq* is at you”（*‘andek*）（根据摩洛哥的用法），意为“你是对的”，“正义在你这边”。“The *ḥaqq* is in you”（*fik*），意为“你错了”，“你是不公平、不讲理的”，很明显，它意味着你知道真理，但你却不承认真理。“The *ḥaqq* is on you”（*‘alīk*），意为“那是你的职责，你的责任”，“你必须”，“你应当”。“The *ḥaqq* is with you”（*minek*），意为“那是你的权利”，“那是你应得的权益”。在不同的形式和不同的短语中，它都意味着存在一个受益者，一项商业交易的参与者，一种合法的“财产权”（不管是利润、实物、不动产、一份继承物，还是其他什么职务）。它用来指一种契约性责任，从该词的派生意义来看，它甚或是指一种规定了权利义务的合同；它用来表示某个问题中的一般责任，表示罚款或赔偿。*Ḥaqq* 的复数前加定冠词——*al-ḥuqū q*，意为法律或法理学。它的定语形式 *ḥuqūqī*，我猜测它的字面意思应该是“紧切信奉真实的（人）”，乃是指律师或法学家。

因此，*ḥaqq* 这个词在应用的任何意义层次上——宗教、形而上学、道德、法律等层面上，都贯穿着“应然”与“实然”的同一性观念。在宗教层面上，它不仅表示神，还表示了神的意志得到陈述的《古兰经》、世界末日、天堂、地狱和获得神秘的灵知而达致的状态；在形而上的层面上，它不仅表示形而上的真实，还表示某一存在物的本质、真性和“其仅可用智力了解的

核心”；在道德意义上，它的意思我在上文所引用的摩洛哥日常用语时已经讨论过；在法律层面上，它表示可以强制执行的权利请求、正当权益、受保护的权利、审判和法律本身。[27]这种“应然”与“实然”的同一性表明，伊斯兰法律认识不只是一种抽象的思想状态，而且同时也是一种具体的思考和程序。穆斯林审判 并不是将经验状况与法律原则相勾连的问题，它们原本就是勾连在一起的。确定了一者就等于确定了另一者。事实都是规范性的，因为，事实对善的背离就像神撒谎一样不可能。

当然，人可能撒谎，尤其在法官面前时，撒谎的事是经常发生的，这样问题就产生了。事物于条件关系层面是清楚明了的（在理论上是如此），而于因果关系层面则是难以判别的。作为神之不朽真言的《古兰经》——H. A. 沃尔夫森（Wolfson）在同基督学中外化（Incarnation）观念进行论战时智慧地称其为神性的内化（Inhbration），被认为是明确而完整地反映了真主关于信徒该做和不该做的事情的主张。[28]当然，关于它也有许多批评和争论，而且教徒由此形成了不同派别，也出现了分裂教派的异教者等现象。但是，有关《古兰经》中存在着确定而完整的法律的观念，如果不是完全消除了，那也是大大削弱了这样一种看法，即何谓公正何谓不公正的问题本身是模糊的、虚幻的或无法回答的。法律分析是一项在知识层面上极为复杂而又具挑战性的活动，而且在政治上也常常充满着危险，但是它被看作是对民众关于神意性真理的看法的阐述，用沙菲（Shafii）这位或许是最为著名的古代法法学家之一的话说，这乃是在看不到天堂时对天堂的一种描绘，而不具有平衡彼此冲突的价值观的功能。只有当需要对事件和背景进行描绘时才发生价值观平衡的问题，也正是这一点才导向了伊斯兰司法中最为重要的特

征（在我看来如此），即对所谓“规范作证”（normative witnessing）的热切关注。

众所周知，至少那些治此一问题的专业人士清楚，在穆斯林的法庭上（即一个由 *šarī'a* 控制并由 *qāḍī* 主持的宗教法庭），所有证据，即使涉及书面文件或物证，也都被认为是口头证据。只有口头证词（*šahāda*）才有意义，因为它关涉到“亲眼目睹”的问题；那些被涉及的书面材料本身并不被看作是法律证据，而只被看作是在有道德高尚的证人在场时一人对另一人所说的话的书面记录（这种书面材料通常并不很可靠）。[29]这种对书面证据的法律效力的否定，可以追溯到伊斯兰的原初阶段；在伊斯兰法律形成时期，书面证据通常是一律不予承认的，我们所谓的旁证或物证也一样不受承认。正如简尼特·沃金（Jeanette Wakin）所言，“一个正直的穆斯林的话被认为比一纸空文和一则有待证实的消息更可靠”。[30]现在，他们已接受了书面证据一说，但还是不大情愿，他们依旧认为书面证据的价值在很大程度上源出于该证据提供者的道德品质，是提供者赋予了证据以真确性。概括劳伦斯·罗森论摩洛哥当代法律实践的话说，并不是书面材料使一个男人变得可信，而是男人（在某些特定场合，女性也可以）使书面材料变得可信。[31]

因此，伊斯兰的目证制度比较发达，而抗辩制度还很不完善。他们所找的证人，并不是那些有见识的人，即足以独立公正地给公断法官提供可用法律尺度加以度量的有关事件的特殊经验情况的人，而是那些感觉良好的人，即足以按原则向注释法官提供其可从《古兰经》里加以印证的公正判断的人。对这类人员的选择，倾向众多，形式不一。按我们的传统，我们的努力在于保证法律的公平性（但并不太成功），然而无疑，伊斯兰国家

的努力则在于保证事实的规范性（同样也没有获得多大的成功）。

在古代，对口头证词的道德可靠性的执意要求（用此词并不过分），导致了委任证人制度的出现。那些被认为“正直”、“坦诚”、“体面”、“正派”、“有道德的”、当然也了解地方事务详情的地方知名人士被任命为证人（在特定场合，或符合特殊条件，女性也可以被委任为证人）。证人由 *qāḍī* 通过一套固定的正式考核和评价程序一次性选定，此后他们就作为个人经常出庭作证，正如沃金所说，“他们的证词不会受到怀疑”——至少在法律上不会受到怀疑。[32]

不仅这种正式的常设的证人数量可以达到很大（在第十世纪的巴格达就达到了一千八百人），选择和考核证人的程序也可能变得非常复杂（选择和考核证人是 *qāḍī* 的主要职责之一，他可以解除前任选派的证人，自己重新选择），以致于衍生出一种对我们来说更为奇特的做法，即创设一个与委任证人相类似的“次级证人”(Secondary witnesses) 组织——他们是“证人的证人”。[33]这些“次级证人”被用来证明“首级证人”(primary witnesses) 的正直诚实度。当首级证人在出庭作证后因死亡、外迁或别的原因无法再次出庭作证时，由两个次级证人代替一位首级证人出庭作证；当然，当 *qāḍī* 对首级证人的道德品质发生怀疑时，也可采用这种做法［一如约瑟夫·斯卡特（Joseph Schacht）所指出的，首级证人可能被发现玩过十五子棋或不用腰带就去公用浴室洗澡。至少有记载说，中世纪的 *qāḍī* 就在夜间化妆外出，在街上探查其证人的品行］。[34] *qāḍī* 对证人的道德品质产生怀疑是可以理解的，也是不可避免的，因为如果他接受了一个不诚实证人的假证，那么他据此所做的裁定尽管在法

律上是有效的，尽管从审判上说是不可撤销的，但从道德上讲却是他的责任。[35]当规范证词和实际事件在本体论上看连接在一起时（即 *Ḥaqq* 中 *Ḥa* 大写时），而且，口头证词（或它的书面记录）是对世界中所发生的事件（即 *ḥaqq* 中 *ḥa'* 小写时）进行法律上的描述的唯一途径时，伪证就会带来特殊的灾难。其实，根据伊斯兰法律，伪证并不是人类制裁可以惩罚的犯罪行为；就像违反斋戒规定，不做祈祷或背叛神一样，做伪证乃是一种渎圣罪，将遭到诅咒人地狱等的天罚。[36]

这种由一批正式的说真话者构成的特殊制度，现已不多见，甚至近于绝迹了，就是在宗教法庭中亦是一样。当然，伊斯兰世界的法律生活，大多早已由民事法庭调整；这些民事法庭由多少是世俗的法官主持，他们依据的多少算是"现代"的程序，执行的多少也是实在法，只剩下家庭和继承事务由宗教法庭的传统 *qāḍī* 处理。[37]同样，不管穆斯林的法律意识变得多么世俗化，由正直的、道德的证人向恪守法条的法官陈述道德真实的观念，依旧渗透于他们的法律意识之中。这种情形正好比在西方国家，我们以往在蒙昧中所做的和现在经过启蒙稍微不同地所做的一切——衡平法和普通法的差别几乎消失了，陪审团制与审判制（trial，或称神裁法、决斗、共誓涤罪和程式诉讼等具有文化意义的制度）之间的差别也已发生了根本的变化——仍缠绕在我们关于正当程序的观念上。更确切地说，对证据这一问题的认识逐渐加深，在我们一面导向了陪审团制度，而在穆斯林一面则导向了公证人制。

这种公证人，曾经也被称作 *šuhūd ʿudūl*（即"公正"或"正直"的证人），但现在他们被任命为法院的专职官员，至少受过一些法律实践方面的训练。近一个时期来，公证人就像 *qāḍī* 本

人一样，*qāḍī* 法庭中起关键的作用。[38]实际上，由于公证人居于整个诉讼程序的中间地位——依据这一程序，社会争端要用合乎审判要求的形式加以陈述，以确定的法规（大多数情况下是相当机械地）加以裁决，因此，他们的作用就可能更为关键了。公证人不只是象征性地提供证据（或法律证据），所以，根据我一直在讨论的事实的乃至作证的规范性地位，判决在很大程度上也是由他们作出的。作为神性命令结构——神的意志 *Ḥaqq*——的真实，也许操握在 *qāḍī* 手中，但作为所发生的道德事件流（a flow of moral occurrence）——你错了、你有责任和你对了（in-you，on-you，and at-you *ḥaqq*）——的真实，在很大程度上则掌握在公证人手中。

但是，这种真实并不都操握在他们的手中。那种与 *qāḍī* 法庭相联系的公证人制，本身只是司法调查的一种典型形式——司法调查现已像一张巨大的情报网一般扩伸到了法律的各个领域。就像宗教法庭一样，在伊斯兰大部分地区，公证人的管辖权在当下主要限于处理婚姻和继承事务，他们的职责也主要在于根据婚约、离婚协议、继承诉求和契约为当事人的申诉提供证据。[39]除他们之外，现在还有一种类似正式或准正式的"规范证人"(normative witnesses)，他们的证词虽然并非完全不受怀疑（不受怀疑的时代已经过去了），但是他们证词的可信度还是具有与他们的宗教境界和道德品行相当的分量，这一点类似于传统*šahīd*的证词，而不像现在一般当事人或被告所提供的证词。

世俗法庭拥有很多这种被认可的真相提供者（truth-bringers）——阿拉伯语中通常称他们为*ʿarif*，这个词由"知道"、"明白"、"认出"、"发现"等意思转化而来，它在英语和

法语中被译为 expert（专家）。例如，在摩洛哥，在各个行业——商业行业、手工业和其他专门行业，都存在一种被称作 *amīn* 的人（这个词由“忠诚”、“可靠”、“可信”的词转化而来），这些人是解决本行业争端的实际权威；*jārī* 负责解决灌溉方面的争端，*muqqadem* 调解邻里冲突。在以上情况中，争执者先把问题提交他解决；如果争执者不接受他的调解（通常都是不接受他的调解），则诉诸法院，而此时他就是主要的证人，多数情况下法官只相信他的证词。*Mezwār* 是一种具有相似性质的人员，他们处理特定宗教等级团体间的争端，*ṭāleb*（宗教研究者）或*šūrfa*（先知的传人）调解各种道德方面的事务；*sīyyid* 或 *murābit* 这种乡村神职人员，则负责解决村民的争端。而且最为重要的是，他们有一批专职的调查—汇报人员（称*kebīr*，由“体验而知”、“熟悉”的意思转变而来；在阿拉伯语中表示新闻的词为*kbar*）。这些人员中，有些熟悉农业事务，有些熟悉建筑方面的事务，还有些（多为妇女）在对性方面问题的调查上（如谁使谁怀孕、谁剥夺谁的性权利等等）很有经验。每次遇有有争议的案件，世俗法庭的法官就派他们亲临现场，采访当事人，并向法官汇报什么是“真正”的事实——而不管诉讼当事人怎么说。

此处不可能对这些制度的运行做详细的分析，也不可能对“规范作证”（normative witnessing）的新的扩展所引发的问题进行探究。然而，在我看来，对这些问题的正确把握，是理解至少当代大部分穆斯林世界的法律认识的一把钥匙；在穆斯林世界，也不是不存在我于上文提到的“事实爆炸”和由它引起的焦虑。我的基本观点在于：在西方传统中，人们致力于把法律与事实区分开来，并建立起程序以防止两者互相混淆；在伊斯兰传统中，人们则致力于把法律与事实勾连起来，并建立起程序

以强化这种联系。在穆斯林世界，“规范作证”在司法中起着关键的作用，因为它能依据确定的一般真理（大写 *Ḥaqq*）去描述不确定的特殊情势（小写 *ḥaqq*）。

当我们转而研究印度法和印度法中非常活跃的概念 *dharma*（达摩）时，如果我们试图从一个词汇单位中总结出某种认识，那么存在于这种努力过程中的问题就会变得更加棘手。[40]因为，尽管古伊斯兰法已具有地方特色，地方影响各异，且已实质上内部分化为不同的学派和传统，但是通盘考虑，它始终存有一种趋同性力量，它一直在建构一种法律共识（legal *oikumenē* ）。以十四世纪为例，著名法官艾本·巴图塔（Ibn Battuta）游历了从摩洛哥到马来亚的各个地区（*qāḍī to qāḍī* ，然后返回，却一点也没有身临异地的感觉。气候、种族、风俗不尽相同，但宗教法庭还是宗教法庭，不管在娑摩坎（samarkand）还是在廷巴克图（Timbuktu）都是一样，至少在法律家方面是如此。

然而，印度法与伊斯兰法的传播方式不同，它在普遍化的过程中融合所遇到的东西，并赋与其特性。印度法律世界是由诸多狭小领域组成的，它是由对一种高度一般、高度抽象的形式的诸多极其特殊、极其具体的表现组成的；可以说它是一个诸神下凡的世界。印度法的渊源不仅有印度教和佛教之分流，而且也源出于对很多杂乱无章且极其具体的规则的集合，这儿摘十八条，那儿摘三十四条；它们并不是由直接来源于神的明确训诫的一个钦定本而统一起来的，而是依照一些令人迷惑不解的宇宙观念［从博尔赫斯（Borgesian）藏经阁的不同文本中摘抄来的——这些经文的目的、渊源和权威性都不同］而统一起来的。[41]印度法在各地甚至是每个社群都衍变成一种清晰的、特

定的变种，它和它的同源体仅靠一种近似表亲的关系相联系。一如神性在印度世界中虽只有一种，但表达方式却多种多样（如人性、美、爱、力量），印度法律虽也只有一种，但其表述亦是多样多种。

印度高层文化和作为它不可分割的一部分的印度法律，顺利地传播于印度各地，尔后传到锡兰、缅甸、暹罗、柬埔寨、苏门答腊、爪哇和巴厘，但它对各地的影响是不平衡的，它吸收了丰富多彩的地方性习俗、信仰，保留了当地的符号和制度。有些地方奉行印度教，有些地方盛行佛教，有些地方则两教并存，在这种背景下的文化和法律征服不是靠排斥，而是凭藉融合，一如 J. D. M. 德利特（Derrett）所说，它靠的是把“许多杂乱多样的规则组成一种综合的生活和思想模式”。[42]在因果性的判决层面上（decision-forming level of as/therefore），各地都有自己特殊的程式，它一般源出于经文、习俗、神话、律令，并根据地方特点加以调整，随需要的变化而变化。在连贯性的条件关系层面上（coherence-making if/then level），各地都以一种高度清晰、超稳定的大观念作为依凭，这种观念的终极渊源乃是某种直觉启示，即《吠陀》或《菩提》，这种启示是一种关于责任的宇宙性教义；它认为，宇宙中的每种存在，不论是人类、类人猿还是动物，依其性质和类别都有其各自所要实现的道德原则和各自所要表达的本性（道德原则和本性在印度实属一物）。温迪·奥弗拉赫提（Wendy O'Flaherty）曾经指出：“毒蛇咬人，魔鬼欺骗，诸神施与，圣贤节欲，盗贼偷窃，战士搏杀……，牧师奉献……，儿子孝母，俱是其各自 *dharma* 所为”。[43]

把 *dharma*（它的反义词为 *adharma*）翻译成英语要比英译 *ḥaqq* 一词更为困难。因为它的问题，关键不在于因词意的多样

性而需要把词义范围划分成许许多多的小类，而在于词的不确定性，它的词义范围无限延伸，几乎没有边界。梵文专家J. 岗达（Gonda）认为*dharma*一词“不可译”，他指出，在双语词典中，*dharma*一词用了“十到十二行的英语术语或短语加以解释：‘法律、惯用法、习惯礼仪、职责、道德、宗教品行、优秀作品等’。如果要穷尽这一概念的各个方面及其深厚的底蕴，还需要补充其他的对应词。”理查德·郭姆布里奇（Richard Gombrich）说，在佛教的巴利语中，*dharma*被写成*dhamma*；从此一角度看，它“可以有并已经有了上千种的译法：‘正当’、‘真理’、‘必由之路’等。但最好还是根本就不译它。”在沃尔泼勒·拉胡勒（Walpola Rahula）看来（他是一位佛教僧侣），“在佛教术语中，没有一个词比*dhamma*有更广的含义……任何东西，宇宙之内的或宇宙之外的，好的或坏的，有条件的或无条件的，相对的或绝对的，无不包括在*dhamma*一词之中。”罗伯特·林加（Robert Lingat）的著名论文《印度古代法律》一开始就用很长篇幅解释*dharma*一词，他说：“*Dharma*这一概念很难界定。因为它不承认（或超越了）对我们来说是至为紧要的区别于他物的特征。”索沃乔·沃乔维托（Soewojo Wojowaito）所编的《古爪哇语词典》把*dharma*定义为“法律、权利、任务、义务、品行、服务，虔诚行为和职责”，之后还开列了一页半的派生复合词：*dharmade'sanā*——善行的科学，*dharmabuddhi*——公正、公平、无偏之心，*dhammayuddha*——根据（所颁布的）典则而（进行）的一场……战争，*dharmottama*——最适合于社会各阶层的法典；等等。[44]

就法律而言，正是上述最后几个定义最为重要。因为最能把印度法律认识与其他地方的法律认识区别开来的是：在印度法

律认识中，权利义务被认为是同个人在社会秩序中的地位相联系的，而对在社会秩序中的地位的界定则是超验的。对雌鹅来说是公正的，对雄鹅来说就不一定；对牧师和战士，对僧侣和非宗教人士，对家庭主妇和隐士，对此生和来生，对生活在衰落时代的人和生活在黄金时代的人来说，正义的概念也是各不相同的。不论社会阶层是按印度教中的种姓做出仪式性解释，还是根据佛教中的功能做出伦理性解释，它都意味着根据人们在生活中自然遵循的规则将群体和个人加以分类。地位乃是本质之所在。如果说 *ḥaqq* 通过把法律解释为一系列的事实而勾连起了“实然”和“应然”，那么完全相反，*dharma* 则是通过把事实解释为一系列的法律而把“应然”与“实然”联结了起来。

当然，这种根据社会地位而实行的差别正义观并非是印度文化圈内的独有现象。例如，中国古代法律和非洲部落法律都把权利和血缘关系联系起来，这一贯穿始终的基点至少和印度法很相似；而且，这种传统的某些部分在其他的法律制度中也有保留——不论是以少年法庭的形式，还是以那种在监护时“母亲最清楚”的假定为形式。然而，*dharma* 观认为，是那些调整形形色色男人女人（同时诸神、魔鬼、灵魂、动物甚或事物）的行为的典则，界定了他们基本的地位。正是这种观念使得印度法与别的法律明显不同。罗纳德·印顿（Ronald Inden）和拉尔夫·尼科拉斯（Ralph Nicholas）关于孟加拉的讨论文字，同样适用于任何和孟加拉一样深受印度文化影响的地方。他们大约是这样说的：

> 所有的存在都按种类进行了组织。每一种类都是据其独特的本性和行为规范而加以界定的，他们的本性和行为

规范被认为是不可分离的。作为这种文化前提的结果，他们不像在美国文化中那样把“自然（本性）”秩序和“法律”秩序加以区分，同样，他们也不分“物质”（或“世俗”）秩序和“精神”（或“神圣”）秩序。因此，所有的存在只有一种单一秩序，用西方观点视之，它既是自然的又是道德的秩序，既是物质的又是精神的秩序。[45]

而且，这种秩序也是法律与事实的合一。或者一如奥弗拉赫提在概括印度关于邪恶的观念时所说的那样：

> Dharma 是这样一种事实，即存在着各种必须遵守的规则。Dharma 是秩序的原则，而不管那种秩序实际为何……。它既是规范性的术语，也是描述性的术语……。因此，在印度，道德准则（dharma）就是自然（本性），而在西方，道德准则往往包含着与自然的冲突……。一种存在的 dharma，既是他作为类的特征，也是他作为个体的职责……。他可以拒绝履行他的职责，这也就因此否定了他的自然（本性），〈这种情况被称之为 adharma〉，但印度人把这种冲突视作是不合自然规律的现象，是必须加以消除的……。[46]

之所以必须消除这种冲突，是因为，正如出现于公元前后的《摩奴法典》所指出的，“毁 *dharma* 者必被毁，护 *dharma* 者必受护”。[47]法律就像太阳和家畜一样存在着，它有两种存在形式，一种广大无垠，“坚定恒久、永不衰竭”，一种局限具体，它表现为特定的人据其特定地位在特定情势下所应遵循的特定规则中所含有的特定职责。[48]法律的捍卫者所必须做的事就是捍卫它，因此，它也将保护他们。法律捍卫者的领袖人物（在印度完全实行殖民统治以前）是王（king）而不是法官，法官只是法

律的注释者。套用印度人的一句话来概括印度法律的基本原则，那就是：王的 *dharma* 在于捍卫 *dharma*。

王（有大王、小王、或中王，但必须牢记的是，有些王是极小的）在印度司法中的重要地位和关键作用，就像"规范作证"作为伊斯兰法律的重要特征一样，它是印度法的特征。是王，以博学之士、僧侣和婆罗门为顾问，把谋求一致性的一般性 *dharma* 的条件关系范式（coherence-making if/then paradigms of genral dharma）与产生结果的具体规则的因果裁定（consequece-producing as/therefore determinations of concretc rule）联结了起来。一个没有王的社会（*arājaka*），就是没有法律的社会，就是 *adharma*，就会出现"弱肉强食、大鱼吃小鱼"。在一个既存在很多自然法则又充满规避法则的诱惑的世界，个人是否能够遵奉他的自然法则，就取决于王的保护。一如马哈巴拉塔（*Mahā bhā rata*）所明确指出的，所有 *dharmas* 都以王的 *dharma* 为基础——"王的 *dharma* 统领所有的 *dharma*"。[49]

尽管这种观念，不管在法律理论中还是在实际的司法过程中，都具有帝王色彩，但它无论如何都不是一种奥斯丁式的观念。因为这里的法律并不是仅指主权者的命令；只有当主权者的命令（任何其他人的行为也一样）是正确的时候，它才是法律。一个公正的王的行为，林加认为是法律的说明、大卫·怀特（Divid Wyatt）认为是法律的具体表现、M. B. 胡可（Hooker）认为是法律的象征、大卫·恩格尔（David Engel）认为是法律的颁布。[50]当然，问题在于王实际上可能是不公正的，或者可能偶尔是公正的。在印度法中，问题在于王是否正义，而在伊斯兰世界，问题则在于证人是否可靠（因果性裁决是否和条件性观念相一致）。所以，在伊斯兰世界，症结表现为证人撒谎和对真实的否

认，而在印度世界，症结则表现为王的自私和对真实的漫不经心。

因此，使统治者关注真实，从而使其履行他的 *dharma*，保护别人的 *dharmas*，以求达到整体的和协统一（即 *dharma* 本身），便成了那些致力于了解法律而非执法的人员的职责（*dharma*）。在整个印度传统文明中，掌权者（即惩罚者）与智者（即净化者）之间的关系，也许是最微妙最难以捉摸的。这种关系，一如巴厘人所说，类似于弟弟与兄长的关系、学生与老师的关系、船与舵手的关系、刀与刀柄的关系以及交响乐团的乐器与它所奏出的音响的关系。[51]在实际的司法领域，从国家到地方的各个层面，这种关系都是极其重要的。如果传教士——在印度教中为婆罗门，佛教中为僧侣——（在一些不重要的事务上为地位更低一些的智者）能够劝谏君王、王子、贵族或地方官员，使他们控制自己的情感、无私地循奉 *dharma* 之道，那么，就有可能建立起一种确定的依法的审判制度，而避免那种专断的随意的审判形式。[52]

人们尝试过许许多多的方法，来反对主权者的傲慢，以达到建立那种确定的依法审判的目的，用德利特的话说，就是使“*dharma* 成为诸王之王”。这些方法包括：教士通过宫廷诗来颂扬 *dharma*，不参加宫廷仪式和蔑视宫廷道德准则。[53]但是，就执法而言，有两种方法无疑是最为重要的：一种是把君王的 *dharma* 编纂成典，一种是把博学的顾问纳为王室法庭的成员。

我们已经发现，君王的职责早在古代印度就被编纂成法律典籍了——君王的职责在于通过惩治违法者来维护社会秩序。共有十二章的《摩奴法典》以三章的篇幅来规定君王的职责。这种以法典形式确定君王的职责的现象在东南亚发展得更为充

分，泰国的《泰摩沙法典》（Thammasat）也许是最好的典范（或许是描述得最好的典范）。[54]在阐释了世界和人类历史、法律的衍化过程和君王的渊源后，《泰摩沙法典》“界定了个人与国家的关系，确定了一些君王在其行为中所应遵循的规范。”[55]它有二十七章（有的版本是三十九章）涉及了从有关宫廷法、神裁法、处罚、证人、“人的社会阶层划分”到债务、继承、偷盗、争吵和叛国的一切内容。[56]就如恩格尔所说，它是“对古代泰国王法和君王合法性的最基本的陈述”，它还描述了君王所应遵循的规范道德，就像缅甸、柬埔寨和爪哇的法典一样，旨在证明国王作为审判者的合法性。

> 根据……《泰摩沙法典》（一位具有王子身份的现代泰国学者这样写道），一个理想的君王应恪守十条道德准则，要紧守五条基本的戒律……。他要刻苦钻研《泰摩沙法典》，要坚持四项正义原则，即：要对呈送给他的所有事务做出是非的明断、要坚持正义和真理、要通过正当的手段获致财富、以及要用正当的手段来维持他的国家的繁荣。[57]

但是，在神秘的东方和在透明的西方一样，不管宪法规定得多么详尽，它们只不过是被写下来的制度而已；正是通过法庭的构成，才能确保对行政意志的法律制衡。

在殖民统治以前的整个印度文化圈内，存在着形形色色的法庭（殖民统治政权曾试图使之划一，但获得的成功程度不一），它们的多样性有如它们试图适用的规则各不相同、有如它们试图把规则所适用的群体各式各样、有如它们试图给予这些规则的理由不尽相同。但是，似乎存在着一个普遍的原则，即智者给出证明，掌权者做出执行。在印度，存在着一个庞大的种姓

制度、种姓内的议会制度、所谓“小王国”的“处于支配地位的种姓”的小君制度和大的地方性王朝的大君制度；一大批各种各样的智者根据需要而服务于它们。在泰国，存在着三十种行政法庭（就其管辖范围考察，它们被误以为就是行政部门），这些行政法庭（在这个被认为是佛教的国家）都有由十多名婆罗门组成的法律事务咨询委员会辅佐。在印度尼西亚，有数百个大大小小的宫廷法院，它们由各种权限不同的法律专家所组成，当然也要受当地贵族的直接监督。在所有这些地方，由早在公元四世纪的印度经文所描述的基本法律程序（procedural *grundnorm*）——“根据 dharma，法官进行审判、国王进行惩罚”——依旧是令人激动的理想的审判程序。[58]

无论这一审判程序的制度形式多么特殊，无论哪些案件被认为适于这一审判程序（各地情况极其不同，“雷格瑞”的事件说明了这一点），也无论它对社会生活所起的普遍作用为何（这一点更是不尽相同，因为并非所有的王都有无限的权力，而且王的权力也并非在任何地方都有效），此一审判程序所提出的颇为关键的作证问题，既与行为的场景和时间无涉，也与它们所产生的后果不相干，但却与它们的类别相关。换言之，它们是需用法律加以裁定的有关 *dharma* 和 *adharma* 的问题，亦即根据当地有关尽责行为基本分类观来确定所发生的特定行为在其分类中所处的位置问题。从比较的角度看，在审判程序中，传统的伊斯兰法庭试图通过确立道德品格来确立事实，并沉迷于证言，而印度的法庭却试图通过划分道德类型来确定事实，并依赖于裁定。恩格尔曾指出（他说的是泰国，但具有普遍性），“（印度传统）正义观的实质是，终极裁决就个人存在的总体价值而言是否恰当，而不是其审查犯罪证据的程序的公正与否。”[59]终极

裁决由国王做出，并加盖皇家司法印章，印章的图案为骑着狮子的死神阎罗王。[60]这些裁决是否恰当，取决于法官是否能够把普遍义务纳入地方性规则之中并使国王关注到它。

从关于法官的传奇性传统法律故事中，人们可以清楚地看到那种对案件进行概括以使它们可以裁决的独特方式。由于缺乏过去实际审判的记录，这些传说故事便成了我们不得不认真研究的对象，这当然是就传统审判的因果类型而言的。十七世纪的耶稣会传教士简·鲍彻（Jean Bouchet）搜集了两个流传于印度南部的传说，故事涉及一个名叫 Mariyātai-rāmaṉ的典型的婆罗门法官。这两则传说就很能说明问题。[61]

鲍彻说，第一个传说“和所罗门审判有些相似”，但实际上对它的认识和表达却几乎完全相反。它是关于一个富有男人的两个妻子的故事。他的大太太很丑，给他生了一个儿子；二太太膝下无嗣，但她却因美貌而受到宠爱，大太太却受到冷落。大太太非常嫉妒，便设法报复。她到处用她的言行进行表演，以使人们相信她有多么爱她的儿子，而儿子对她是多么重要，而那个不生养孩子的小太太尽管漂亮，却是多么嫉妒她。然后她掐死了自己的儿子，把他的尸体放到熟睡着的二太太的床边。次日清早，她装着寻找自己的儿子，跑进二太太的屋里，“发现了”儿子的尸体，然后边跑边嚎啕大哭，对着众人喊叫：“噢，这个狠心的女人：你们看她干了什么?不就是因为我有个儿子而她没有吗?”人们被激怒了，冲着二太太喊道：“一个女人绝不可能杀死自己的亲生儿子，”更何况是她那么心爱的儿子。

人们叫来了 Mariyātai-rāmaṉ，他听着，没有问话，然后对这两个女人命令道：“无辜者……将按我的要求环绕这座议会大厅走一圈”。当然，这个要求对女人来说是极不合适的。杀死自己

儿子的大太太同意了，她说："如果必要，我愿走上一百次"；而那个无辜的女人却拒绝了："我绝不（做那种事），我宁愿死一百次，也不做那种……女人不该做的事。" Mariyātai-rāmaṉ宣布，大太太有罪，二太太无罪。他的理由是：一个对自己的*dharma*有这样清醒的意识，以至愿意以死来捍卫自己的*dharma*的女人，绝不会犯下那种*adharma*的罪行，去谋杀一个孩子，而相反，一个对自己的*dharma*如此蔑视的女人则一定会这样做的，即使杀死的是自己亲生的儿子。

第二个传说在内容上更令人难以置信（按我们的观点看至少如此）。它更为生动地展示了*dharma*的本体层面，亦即它在现实被歪曲的时候依旧不变的根性。有一个男人，以力大无比著称，由于一时生气而抛弃了他的妻子离家出走了。一个天神化装成他的样子，插足进来。几个月后，真的丈夫气消了，回到家中，问题即由此产生了；于是 Mariyātai-rāmaṉ就被请了来，判别谁是真的丈夫，谁是假的丈夫（国王常在自己的法官遇到难题时求助于 Mariyātai-rāmaṉ）。他知道真的丈夫力大无比，于是他就命令他们逐个举一块巨石；真的丈夫使尽了全身力气才搬起几英寸高，而那个假的丈夫却像举一根羽毛似的，把巨石高举过头顶。人们于是大喊，"毫无疑问，把巨石举过头顶的是真丈夫"。然而，Mariyātai-rāmaṉ却宣布第一个人是真丈夫，因为他所做的是人类力所能及的，甚至那些力大无穷的人，也只能做到这一步；而第二个人做的，只有神才能做到。

当然，这些骗人的天神、宗教法庭法官和至高无上的王君——"所有这些金色的蜢蚱和蜜蜂"——如果还没有完全从人们的想像中消失，那至少已从法律生活的各种制度中消失了。在印度，首先出现了西方程序与所谓的英印法的印度习俗的奇特

融合体；在独立时期，印度又进行了冒险的半革新半守成的立法试验。在泰国，通过议会革命完成了一场由皇家领导的改革运动（法官大印的图案由骑狮子的死神王改为皇家标记中所嵌着的罗马公正天秤）。在印度尼西亚，先是有了荷兰人强加给他们的那种按种族确立的多元化的国家法庭系统，然后在苏加诺共和国的文化主义意识形态影响下，实现了法律制度的统一。所有这些都使原有的问题发生了根本的变化，关于这一点我拟在本文的结尾部分做一些较比详尽的说明。[62]

然而，正如德利特在论及印度时所说的那样（但也同样适用于东南亚国家），法律制度握于本土法官之手已经有两千多年，而在欧洲人和受过西方教育的印度人手中不过才两百年历史。所以并非一切都彻底改变了，特别是法律认识的形态并没有彻底改变。[63]法律也许已经变得世俗化或有些世俗化了，甚至变得更为合理（causidical）了，但它并没有失去其地方特性。

对于潜心钻研者而言，准确理解 *adat* 的意蕴所会遇到的障碍比之于去领会 *ḥaqq* 和 *dharma* 的困难，即使同样棘手，两者也是迥然不同的；因为这里的困难主要源自西方：法律专家们被自己制造的假象迷惑住了。无论欧美的比较法学者如何看待伊斯兰或印度法理学中占支配地位的观念——譬如认为它们不道德、太过古老或者魔幻般深奥——他们总是能认识到，那些渊源于根深蒂固的文化思想传统的观念，根据大陆法或普通法有关审判的观念是很难把握其深奥之意的。但是对存在于乡村日常生活中的 *adat*，他们却肯定地觉得可以识辨出来，而且相对来讲也比较熟悉。它是“风俗”（custom），是显然很粗糙而且大多不成文的地方性规则的大杂烩。

“风俗”一词在人类学中把思想化约为习惯，这一危害大概仅次于它在法律史上把思想化约为惯例的危害。正如在 *adat* 的研究中所表明的，如果这两种危害相结合，其结果就会形成一种关于大众正义（popular justice）的运作的观点，其最好的表达方式可能是因袭主义，即习俗至上。由于 *adat* 是“风俗”，所以对那些重视这个问题的法律人种史研究者来说，它是一套用传统方式解决传统问题的传统规范，从定义上讲充其量是准法律的。问题是应当将其摒弃以迎合外来的理性之法，还是应当使之具有系统化和明确化的功能，尔后融汇入这种理性法之中。主张西化的西方法学家强烈要求在马来亚的某个地区强制统一实施或英国或荷兰或美国的法典，而反对西化的西方法学家则主张为植根于各种地方习俗的地方性法律划出独立的实施范围。大约从上个世纪中叶到本世纪中叶，关于 *adat* 的学术性争论莫外于此，而且这一争论的中心内容基本上是 *adat* 的前景而非其本质（尽管人们对其本质不甚了了）。不管这两种观点的价值何在（两者都可说有些许道理，但更多的是可指摘之处），其争论的结果，势必把 *adat* 的内涵，从一种法律认识亦即是有关条件关系和因果关系的特殊思维方式，部分或全部转变成“习惯法”（*adatrecht*），即一种朴实的法令大全；它要么需要自上而下地摒弃之，而且从司法上不予重视，否则就需要进行正式研究、记载、归类，然后在殖民当局用其权力的支持下予以实施。这个问题在中印度表现得尤为明显，因为上述两种观点的争论在那里最为激烈，反对西化的呼声也最为高涨。[64]

上述那种习惯法运动与在通行 *adat* 一词（如前所述，该词源于阿拉伯语）的大陆其他小块地区（大致上是泰国南部到菲律宾南部）的习惯法运动被认为产生了某种最具意义的法律民

族志，简而言之，就是西方人熟知的那种按范畴去确定和依规则来描述的搜集事实的意识；而且也产生了对继承原则、婚姻要件以及土地权利等问题极为详尽惊人的研究。[65]但是，习惯法运动以为法律（至少“民俗法”folk Law）就是风俗，风俗就是惯例，而惯例又是王君——一种实然与应然的陈旧的循环——所以它错误地代表了一种关于何谓正义（即社会和谐）的地方传统意识，因为舶来意识认为秩序即 *Rechtsstaat*（法治国）。[66]习惯法的说服力自国家独立以后仍在继续，但其能量日益减小，影响日趋微弱，当下只能偶尔用来作为反对那些轻率行事的现代化推动者的口号，而且同时人们也已经不太注意外来的观点了；然而由于民族主义仍然是民族主义，它带着某种程度的理想化，所以它成了文化守成的浪漫借口。[67]尽管这一点越来越明显，但当地的人们仍无法清楚地认识到 *adat* 是世界观而非风俗，是 *volksgedachte* 而非 *volksgebruik*。[68]

近年来最出色的评论者之一莫罕米德·考斯诺（Mohamed Koesnoe），以一种极切合此主题的漫谈式笔调写道，*adat*“是印度尼西亚人根据他们的礼仪（Propriety）观念建立起来的一种生活方式”——这里的关键词是“礼仪”。[69]因为 *adat* 审判（尽管有不同意见，但它仍不失为审判）的所有努力，目的都在于把抽象的正义观具体化，使之由作为普天太平的精神和睦落实为体现于社会一致的共识的程序。如同我们在雷格瑞案中见到的，审判在这里与其说是划分权利诉求，不如说是规范行为。

从定义层面看，如果我们将一个公正的事物秩序视之为这样一种秩序，即在生活外部层次上表现出一致、而在生活的深层内部又保持心智宁静，那么我们就会发现，它包含着行为的、制度的及想像的各种表述。一大堆拼凑起来的近义词——*Patut*

（“适当的”），*Pantas*（“合适的”），*Layak*（“适宜的”），*cocok*（“恰当的”），*baisa*（“正规的”），*Laras*（“合协的”），*tepat*（“适当的”），*halus*（“平稳的”），*Luwes*（“柔和的”），*enak*（“合意的”），从语义学上讲都有不同含义，但在这里，它们却脱离了其语意环境，并具有了判别式含义（例如，*caras* 成了音乐术语，而 *enak* 则成了一种味觉术语）；可以说，这些术语把日常生活的话语置于了一种具有削弱其他事物意义的道德语境之中。[70]为了实现在工作、政治乃至人际关系上的合作，他们发明了各种高度具体的且往往十分复杂的制度，这些制度含混不清地集合在一起，以文化的和相对难以界定的价值意象为支柱——*rukun*（“相互顺应”），*gotong royong*（“共同负担责任”），*tolong—menolong*（“对等帮助”），它们以最高强力的形式调整着社会互动。[71]在这个地区广为盛行的仪式般生活中，那些象征着事物极度混杂侵渗的乏味表现随处可见：稻米婚礼，打扫村庄，会餐等等。[72]在这里，“应然”即指有关普遍一致的条件关系观，它既不是绝对命令的普遍实施，亦非普遍职责的认真履行；它只是公共一致化的默默完善和实现。

当然，事务的这种理想状态一如其他地方所欲求的事务理想状态一般，事实上都是难以企盼的；人生来就会生麻烦且具有虐待性，这一点乃千真万确之事实。*adat* 作为审判（处理问题）的根本所在，其实际使命就是至少要推进社会和谐和个人心理安宁，而不是使社会矛盾增加、人心惶惶。最受重视的乃是审判机制（亦即真正意义上的程序），而非用以确定实际发生的事件的技术或控制长官主观意志的方法。尽管雷格瑞案就其后果严苛而言不具典型性（但也不尽然），但它仍表明，*adat* 裁判是一种只能被称作高尚的礼仪的东西，它的忍耐、准确和平实，

实现了形成地方共识的各种精心形式。最后，最为重要的是，思想一致体现于判决所赖以产生的公开过程之中而非判决本身之中，因为判决不过是最后的结局，亦即和谐一致所产生的意外结果。因此，一定要表现出对所应维护的礼仪的维护。

这里所涉及的过程，主要是讨论过程；所涉及的礼仪，主要是话语性礼仪。对任何事情都以固定不变的方式并在不同的情境中一而再、再而三地加以重复，目的就是要实现全体一致，哪怕这种一致只是表面上的。法律在这里确实成了说教的学问：充满着训诫式的格言、道德口号、千篇一律的 Polonious 演讲以及教诲文学中列举的事例和对善恶的固定比喻。所有这些方式都旨在达到既能安抚又能说服的效果。在一首长达三千五百行的西苏门答腊即米南卡保族(West Sumatran 即 Minangkabau)的诗中，其中有一段描述的是一位母亲对她儿子参加议会时的言行举止的告诫，因为他在即将举行的婚姻以后就会被同意参加进行 *adat* 审判的各种议会了，尽管这段文字具有其特定的文化色彩，但仍不失为这种说教方式的一个绝好范例：

……噢，我亲爱的儿子
如果受议会之差，你须尽职尽责；
若是接到邀请，你必须前往。
如果你有幸应邀参加议会的酒宴，
行前定要吃饱、喝好；
因为酒席宴前，
吃喝方式讲究严格，
坐立姿势要求得体。
酒席宴上，
你切记礼貌待人，

不可忘记自身身份。
诸事彬彬有礼，规矩牢记心上，
即使传递槟榔子或敬递雪茄烟这等小事
　亦不可掉以轻心。

需要说话的时候，
无论如何都要谨言慎语：
言辞顺耳是恭谦品德。
永远不要说假话
遵守各种礼节，
留意理解他人情感。
说话要谦恭，
要经常自省。
务使举止得体，
切莫得意忘形。
议会成员应以原则立身，
言辞应当合乎 *adat*、循规蹈矩，
——平静似海面无浪，
镇定如平原无风，
经纶满腹，
牢记长者劝诫。[73]

出现这种过程的背景各式各样，一如在雷格瑞案中那样，从家庭聚会到村庄秘密会议，无所不包；它们所达致的结果（公开呈示为观点一致和正当想法的令人满意的融合），与其背景一样称谓繁多。[74]如果它的要求被忽视或它的结果被蔑视，就不

可能不让人联想到自然的天灾或灵魂的毁难（亦如雷格瑞案所示）。但问题的核心乃在于把发现真理——关于环境和原则的共同真理——视为一种修辞工作，即利用那些公认的字眼的劝诫功能把各种观念混合在一起，例如有关 *adat* 的警句、成语和比喻等。再如米南卡保族的另一谚体诗简明地唱道：

水在竹管中回转；
共识在共同讨论中形成。
水要通过竹管才会流动；
真理通过人类才能广为流传。[75]

在这样一个对法庭行为方式有不同认识的世界上，通过把案件纳入某种集体话语的仪式化词汇框架之中而简化它们并通过众人的一致指责而解决它们，这种作法的前景可以说存在着很大的问题。由于过于关注程序机制，所以 *adat* 类型的法律认识比 *ḥaqq* 或 *dharma* 更易因受到外部力量的冲击而出现断裂，因为对后两者而言，本地内涵与外部手段之间的部分合谐，相对来说比较容易实现；但是，与此同时，由于 *adat* 植根于受地方保护人监督的当地的社会组织之中、适应于当地的环境条件、又融入到了地方性符号之中，所以它仍能像 *ḥaqq* 和 *dharma* 那样维持自己的存在。一如许多其他被认为会消失的东西一般——伊斯兰教的毛拉、印度的种姓制度和日本的天皇——它也能依旧令人惊奇地挺住，尽管现代文明业已来到。

对于那些久远的观念，我们就谈到这里。并非它们不再有什么可说的了，实际上要说的实在太多。只是一如上文所述，本文的目的并非是把伊斯兰、印度和马来亚关于规范与事件之间的内在联系的观点编成一本手册供 *ex patria* 诉讼当事人使用，而

是旨在表明它们确是观念。比较法研究的两种主要路径是：一种认为其任务在于分别对比不同的规则结构，而另一种则认为其任务是对比不同社会解决争端的不同过程；然而在我看来，它们都没能把握到要害之点，因为前者太过强调法律的自治性，认为法律是一个独立而自持的“法律系统”，这个系统力图在日常生活中混杂的观念和道德面前捍卫自己完整的分析功能；后者则持一种太过的法律政治观，认为法律是一种不加区分地把促进利益实现和处理诸力量间冲突的各种社会手段予以有序组合的实用集合。[76]把那些以 *ḥaqq*，*dharma* 和 *adat* 所凸显出来的观念（*Anschauungen*）为核心的判决方式称之为“法律”是否合适（规则论者会认为它们太不正式，而争端论者则会认为它们太过抽象），这并不重要；尽管我本人愿意把它们称之为“法律”。真正重要的是其间不应被掩饰的想像力。它们不仅调整行为，而且解释行为。

这种想像的、建设性的或解释性的力量，植根于集体性的文化资源而非单独的个人能力之中（我认为，这种情况在这类问题中是必然的，在其他问题上也概莫能外；我对存在着法律遗传基因的说法表示相当的怀疑）；在我看来，对法律或司法或法庭审判的比较研究，必须对上述想像的、建设性的或解释性的力量给予足够关注。正是那里——在构想判决的情势（当然，也包括对规则的想像）以便既定规则能够被用于判决案件所采取的方法和方式中，在我称之为法律认识的东西里——才是有价值的差别之所在；也正是在那里，人类学家把地方性观念置于当地情境下进行思考的热情方能与法学家把案例纳入确定的框架中进行分析的努力汇合一处并互相激发。我在本文的结论部分中将把这个问题与现代世界法律的相互混杂交融（immin-

glement，我以为此一词最为恰当）的一般问题结合在一起讨论，但不会过多地表述这一事实本身，而将努力阐明对于这种事实的认识的结果。

三

我始终认为（多少与隐含在上议院那些演讲中的某些主张相对立），法律就是地方性知识；地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题，而且也指特色（accent），即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想像联系在一起。这种认识与想像的复合体，以及隐含于对原则的形象化描述中的事件叙述，便是我所谓的法律认识。毋庸置疑，这显然有些模糊不清，但正如此一观点的最早倡导者维特根斯坦（Wittgenstein）所言，一个模糊物体的真实画像只能是模糊的而不可能是清晰的。那就最好采取这一态度：像特纳（Turner）一般去画大海，而不要试图把它画成康斯泰勃（Constable）笔下的牛。

无论是否易于把握，这种观点仍有许多基本可靠的含义。一是认为比较法研究不应该 把具体差别化约为抽象共性；二是认为比较法研究不应该就相同现象假以不同的称谓；三是比较法研究得出的任何结论，必须是关于如何处理差异而非消灭差别。不管未来的历史如何展现——*gulag* 正义的全面支配或者市场意识的最终胜利——最有可能出现的结果不会是各种法律的渐趋一致，不管是各传统间的渐趋一致还是各传统框架内的渐趋一致（至此我尚未论及这一点），而是发展得更具特色。法律领域不会衰变成封闭的单一体，而会拓展成一个复合式的多元体；我们趋向的是初始的震动，而非终极的震动清除。

主张事物的发展趋异而非趋同的观点（近来我认为社会变迁的总趋势亦是如此，非只法律），显然与当下社会科学中的某些主导学说相反对。这些学说认为：世界正日益趋向较为沉闷划一的现代化——麦当劳步入了巴黎香榭丽舍大街，旁克、摇滚乐也侵入了中国；由礼俗社会（Gemeinschaft）到法理社会（Gesellschaft）、由传统主义到理性主义、由机械连带到有机连带、由身份到契约等等发展演化，都是内在必然之势；以跨国公司和计算机技术为根本基础的后资本主义很快就会把汤加人和也门人的观念构塑入同一模式。此外，趋异观也同样反对（至少表示质疑）一种具主导地位的关于法律的社会力量观；该观点认为，法律的力量取决于规范性共识。格兰特·吉尔摩七年前在Storrs讲坛阐释了上述观点，当然具有着明显的经济和强力色彩。他说：

> 在我们这样的社会里，法律的功能……在于提供一种根据某一正当理由来解决争端的机制，因此必须假定我们之间存在着广泛的共识。如果这种假定是错误的，如果不存在共识，那么我们就会走向战争、内乱和革命；在社会结构得以重组和共识得以重新达成以前，有序的执法就只会是一种不切实际的怀旧式的空想。但是，只要这种共识存在，法律所提供的机制就会按照构设的意图来确保我们的制度进行持续不断的调整，以适应那种不可避免的变迁，当然，这种调整的过程将是井然有序的，循序渐进的，而且就人类所能达到的程度而言，也是富于理性的。[77]

我对这种观点所存有的疑问，当然不关涉对秩序、理性和渐进等等的希望，也不关涉非美国人对法律的运作到底能达致

什么作用的怀疑主义。我和吉尔摩一样都不会因提到法治(Rule of Law)而哽住喉咙，不会把国际法院对国际争端——“阿拉法特诉以色列国案”——的判决想像成未来之波浪，也不会认为着手建构一种一般法律理论要比制作一架永动机看来更困难。但是问题在于，如此强烈的对比把世界截然两分，假如他是穆斯林，他会称之为“观察院”和“战争院”；这种划分不仅使法律在最不需要它的地方拥有着最大的威力，就像火着得特旺时消防装置却被关掉了；更为重要的是，尽管现下就一些问题业已达致了高度共识，这种对比也使法律在现代生活的动荡面前显得极其苍白无力。即使“在我们这样的社会里”，如果法律需要一个精心构设的社会结构才能发挥其功能，那么它就不仅是一种怀旧式的奇想，而是彻头彻尾的奇想了。

然而，不管是有幸还是不幸，看来在任何类型的社会中，法律思想都是依靠着混乱和秩序这两种因素提供动力。它的运作环境渐渐不只是在相对平静的水中——刑事犯罪、夫妻纠纷、财产转让，而且是在搅得很浑的水中（现下情况就是如此）——原告乃是杂乱的群众、权利诉求乃是道德上的怨恨、裁决成了社会方案，或者外交官的扣押和释放要与银行利益得失紧密相扣。就一般意义而言，毫无疑问，法律在这种条件下运作会欠佳，但是，恰是在这种浑水的条件下，法律的功用无疑也会日益增大，因为国内的社会抱怨和国际的政治仇恨将日益融入那些表示享有权利与衡平、合法性与正义或者权利与义务的惯用语中。像其他任何长期存在的制度（宗教、艺术、科学、国家、家庭）一样，法律在没有那种曾经促动其发展的确定性的情况下正处于一种学习生存的过程之中。

我以为，那种认为法律机制的严格适用以先有共识保证其

社会功效为先决条件的观点，一如吉尔摩教授所承认，源出于那位激动的斯多噶主义者霍姆斯法官的法律观；它认为法律乃是对其所处社会的消极反映："法律只是'反映'（吉尔摩用语），它绝不决定一个社会的道德智慧。一个合理公正的社会的价值观将在一部合理公正的法律中反映自身……。一个不公正的社会的价值观也将由一部不公正的法律反映出来。"[78]

毋庸置疑，这一颇不明确的法律观，可以说不无道理。它对执法者的良知启发自然是有益的。但它却忽视了这样一个更为重要的事实：法律不仅仅是一个道德完备（或不完备）的社会中偶尔起作用的技术附加物，它与从信念象征到生产方式等一系列其他文化现象一起，是社会的一个能动部分。*Ḥaqq*，*dharma* 和 *adat*……，*ius*，*recht* 和 *right*……，使得在其间发现它们的社会生机勃勃（亦即它们所代表的法律认识使然）：它们还与许多其他事物一起，使社会成为其所是（当然，在不同的地方其程度是不同的）；若承认这种观点，即可谓法律使然；否则，便可谓人力使之。

法律，即使高度技术化如我们社会中的法律，仍然是，一言以蔽之，建设性的；换言之，它是构造性的；再换句话说，它是组织性的。有一种观念（且不论其源出何方）认为，司法在于对意志的主观训诫，在于对职责的严格系统化，或者在于对行为的和谐调整——或者在于阐明那些蕴含于先例、法例和宪法中的公共价值。这一观念促成了一个有关社会存在样式（我们是否可称其为一种文化？）的定义，其方式跟另一种观念的作用一样：它认为德行是人类的荣耀，金钱能使世界发展，以及只有少数才能成为支配者。上述观念乃是秩序涵义的一部分，是对社会的洞察而非简单的反映。

总括来说，法律是地方性知识而非无地方界限的原则；法律对社会生活的作用是建设性的而非反映性的，或者说不仅仅是反映性的；这两种观点引发出了一种颇为非正统的比较法研究的观点，它认为比较法研究的要点应当在于文化译释(cultural translation)。对法律的比较研究路径变成了一种依据某种法律认识所特有的行为框架、预设和成见来明确阐释另一种法律认识所特有的行为框架、预设和成见的努力（一如它于此地所转变的)，而不是制度分类的某种运作，不是对部族式社会控制工具的赞美，也不是对 *quod semper aequum et bonum est* 的探求(所有这些都足以自圆其说，尽管我本人对最后一种探求不抱什么希望)。换言之，它还能变成，从稍具实践的角度看，一种在某一更集中的问题上(比如规范之根据与事实之说明间的关系，或者规范之说明与事实之根据间的关系）完成这种阐释学的大努力(*grand jetè*)。当然，这是一项不甚完满之工作，也就是说，它只是近似的和权宜的，一如《英译但丁》(Englising Dante)或者关于总体消费的纯数学的定量理论；对此我相信我业已证实了。但是，除了会限制我们的视野或者使我们对寓言中的事物做无知惊叹以外，这种研究还是比较完善的，亦有着诸多功用。

除了其他功用以外，它还包括，法律在这样一种研究进路中重新与人类生活的其他伟大的文化因素结合了起来——道德、艺术、技术、科学、宗教、分工、历史（它们与法律一样，都不是一元的、明确的或者普遍的)，既不被它们淹没，也不会成为它们所具有的建设性力量的附属物。对法律来说，一如对上述文化因素所言，现代生活的分化和断裂乃是确凿的事实，法律欲维持其效力，就必须对这些事实进行探索。至于法律就何地、关于什么问题、运用什么概念来探究这些事实，依旧是悬

而未决之课题；就此而言，用霍姆斯式悲观主义来解决这个问题就具有足够的理由了，尽管人们对它是否具有真正解决这个问题的能力尚存有很大疑问。但是，不管怎样，这个问题亦是任何其他文化制度所面临的问题，因为它如果能摆脱歧异——“战争，内乱和革命”，那么就会繁荣发展，否则，就会没落衰微。如果想像这种分歧不存在或者坐等它的消弥，那么这种文化制度就肯定会遭到灭顶之灾。

一如我所言，当下，欲在法律领域和其他方面发现歧异并不困难，我们或迟或早都会碰到许许多多的分歧。不过，探究分歧的一个比较合适的领域便是国际社会，尤其是其中的所谓第三世界（我比较倾向于这样认为），更甚者是第三世界同我按这种大分类法至少在名义上认为是第一世界的西方之间的互动领域。对疑难案件和恶法（bad law）感兴趣的法律家与对搅乱了的传统和文化的不一致性感兴趣的人类学家，都能在这里发现足够多的东西来满足他们各自的研究兴趣。

就法律而言，这种引人关注的混乱现象源自两个主要方面：一是由历史形成的、未必简单但的确较有自持力的法律认识之持恒性；二是由其他未必更令人羡慕或更具深邃之洞见但的确更为普遍成功的法律认识同第一方面的法律认识之间所产生的冲突。在任何第三世界国家，即使在 Volea 和新加坡，业已确立的正义（*ḥaqq*，*dharma*，*adat*）观同从外部引入的、更多反映现代生活方式和压力的正义观之间的紧张，使得整个司法过程变得更具生机了。而且，法律语言的这种混乱仅仅是一种变迁现象，很快就会受制于历史的中和。这乃是事物本身所具有的硬化特性（hardening condition）。

由于上述混乱现象的强化并由此引起了各种各样的好奇和关注，它渐渐在各种名目之下为人们所讨论，诸如“法律多元”、“法律移植”、“法律迁移”、“法律调和”、“外来法”（与“内部法”相对）和“法律专家法”（与“习俗法”或“习惯法”相对）等；然而，这种多样性只是表明了这些讨论的权宜性。[79]我本人宁愿在“法律多元”的名义下进行讨论，这主要是因为它似乎至少符合多样化的事实本身，而不是相反，亦即把整个现象化约为压迫史上的另一章：谁欺诈谁，在何时何地，是如何进行的。不论驱使着把西方的法律方式引入非西方的环境中去的目的是什么（我根本不想就那种以为它们总体上是恶意的观点进行论争），但是有一点很清楚，它们对第三世界法律认识产生了什么影响的问题并非可完全由后殖民地论战中的那些认识观加以阐明。

它也并非可完全由较为公平（或者听起来较为平等）的国际法认识观予以阐明。不论国际法（使馆条例、公海自由原则、战俘法）的某些特点在调整国家间关系时可能或有时不可能具有的功用是什么，那些特点既不是世界法律观分类的最低共同标准，也不是构成这些法律观之基础的普遍前提，而是我们自己的法律观向世界舞台的投射。除非它可能导引我们去想像人类思想存在着比实际上更多的共同点，或者导引我们把词汇的聚合误以为是观点的汇集以外，这事本身并不坏（用我的地方性标准来看，杰斐逊式的人权观比列宁主义的人权观更好）。但是，因法律多元现象在现代世界的兴盛所提出的核心问题（也就是说，我们应当怎样去理解法律职能，既然它的各种变异形式已经融合得如此之紧密），已远远脱离了它所具有的那种课堂程式。

用“兴盛”这个词来形容法律多元趋向，无论如何都没有言过其实，虽然它多少带有冷嘲的意味。事实上，并非每个第三世界国家都处在埃塞俄比亚那种境地。在本世纪60年代前（即军人以某种方式把一些事情简单化处理并同时以其他方式把另一些事情复杂化处理之前），埃塞俄比亚引以自豪的不仅是其具有强烈差异的各种部落法律传统，从盖拉的游牧部落到阿姆哈拉的农业部落，其中有的按基督教的教义行事，有的按穆斯林的方式行事，有的按异教徒方式行事；而且，引以自豪的还有一部自17世纪就开始编纂的Gaesaor-Papist 罗马天主教式的帝国法典，日后又逐渐引入了有关什一税、瑞士刑法典、法国的民法典、海事法、商法和刑事程序法、英国民事程序法等法典中的一些内容以及由民事高等法院（在1957年前一直由英国法官组成）实施的议会立法和由最高帝国法院［其成员，如果用这个词的话，是由犹大之狮(the Lion of Judah)组成的］实施的国王律令的Maliki 和 Shafii的译本。[80]然而，法律折衷主义——部分外国的，部分国内的；部分世俗的，部分宗教的；部分法定的，部分传统的——以不太过分的方式已经盛行于此地了。

我以为，受过西方训练的法律家对这种情况的第一直觉，就是把它当作对司法的庄重体面的一种侮辱而加以悲叹，一如受过西方训练的人类学家的最初直觉就是把它当作一种文化态度而予以辩解一样。名副其实的审判能够在这样一种要求按照道德规范行事的呼吁下得以运行的程度以及其运行所具有的社会意义的程度，当然都是经验性的问题，而对于这些问题的回答，在不同的情况下的答案也是不同的。但是，这种如此普遍的苦恼（如果说这是一种苦恼的话），似乎不可能只是人为的，或者说微不足道的。然而不管它与已被接受的范畴和标准思想彼此相

同化有多少困难，这种苦恼也是不能被当成落后的社会的无意义产物而置之不理的。

在我看来，正是这种彼此同化的困难使得它更具有意义，因为它表明，西方有关将适用法同相关事实之间予以两极分化的观点（“什么是应然的”图景与“什么是现实的”认识二者的对立），是不可能有效地说明审判于其他传统中是如何运行的；在那些传统彼此混融以及在它们与西方自身的传统相融合的时候，西方的那种两极分立的做法将愈加无所作为。如今我们如果还依赖这种两极分野的观点，不仅意味着我们会误读其他地方的法律，而且用它来分析其他地方的法律，除了嘲弄和哀叹之外，我以为不会还有其他什么结果了。如果我们欲以一种比这些或那些纯属时髦的方式更先进的方式来解读这个问题，那么我们需要的就是一种新的话语系统，亦即一种新的对话方式，来把握全体埃塞俄比亚人中所发生的事情，如他们的法律智慧；但不仅如此，由于就我们自身传统而言，这类事情始终具有反射的意义，所以我们还需要用它来重新描述那些描述者本人，就像重新描述业已描述过的东西一样。

理查·罗蒂（Richard Rorty）在其新著《哲学与自然之镜》（一部全面抨击那种中性框架的认识论著作，由于我提出了地方性知识这一主张，所以我在此为法律研究中的那种认识论也颇感担忧）中，对他所谓的规范话语（normal discourse）与失范话语（abnormal discourse）作了有益的区别。[81]“规范的”（为了避免不必要的重复，我倾向于使用standard“标准的”一词）话语是根据一整套规则、假设、惯例、准则或信仰来运行的话语；而这些规则、假设、惯例、准则或信仰在原则上告诉我们如何“在描述似乎存在着冲突的每一点上”去解决问题、化解

分歧。[82]这种话语是科学家们常常自以为拥有的那种话语（就调查的结果而言，的确有很多人实际上是拥有的），也是文学批评家们长期以来或多或少一直想要达到的那种话语（在某些时候和特殊情况中实际上是这样的）。但是，它也是那种支配着吉尔摩教授的那种根据“合理的”（sound，也就是具有共识的）程序“理性地”解决争端的话语。这种程序是一种无疑可以达到的条件，除了他所指出的那些不能达到此一条件的情况之外。罗蒂认为，规范话语乃是“包含达成一致意见的共同标准的任何话语（科学话语、政治话语、神学话语、或者其他任何话语）”。[83]它构设了一种状况：

> 在这种状况中，所有留存的分歧都被认为是“非认识的”或者仅仅是“言语的”（verbal），或者是暂时的——能够通过做进一步的工作而得到解决。如果想要达致某种解决办法，重要的是应当就须做之事有一个一致意见。与此同时，对话双方能够同意有分歧——同时相信双方各自的合理性。[84]

“失范”（或“非标准的”）话语，因此是这样一种话语：其间，“达成一致意见的共同标准”并不是一种沟通以为依凭的中枢，而且根据某种已被接受的框架（在这种框架内，完全不同的观点可以得到客观的评价和融通）对各种完全不同的观点所进行的评估，并不是一个组织性目标。人们并没有放弃达成一致意见的希望。人们的确也偶尔改变自己的思想或者不再完全坚持自己的观点，因为他们认识到了那些按其他轨迹思想的个人和由个人组成的群体所信奉的内容。但是，“令人激动的和有益的不一致”——在我明白你所言之前我怎知我之所思——则被

认为是一种同样不乏理性的过程。[85]

> （因此，罗蒂认为）规范话语，乃是这样一种话语，它是在一套共同接受的惯例中被操作的，这套惯例涉及什么可算作相关促进因素、什么可算作对问题的回答、什么可算作这种答案的有力论据或者对这种答案的有益批评。失范话语是某个忽视这些惯例或把这些惯例置之一旁的人在加入这种话语时所发生的一切。……规范话语的产物是能被所有其他对话参与者视为“理性的”参与者所承认为真实的那种叙述。失范话语的产物则可以是从无稽之谈到知识革命一类的任何东西……[86]

它也可能是在具有长期的、甚至可能恶化且不会很快消除的歧异的环境中的那种不那么明显但却可行的生活方式。此处，我并不想进一步去深究哲学问题，因为这些问题本身不可能达到普遍同意的程度。我们可以不必理会那些烦恼人的东西。我所关注的是，在大多数法学家和大多数人类学家可能认为是其存在所必要的条件——“对根本性问题达成一致意见”（这里引用的是另一位Storrs讲师即卡多佐（Cardozo）法官而不是吉尔摩教授的讲演结论）——根本不存在的时候，法律表现为什么。[87]

就我们这些治人类学问题的法学家和治法律问题的人类学家而言，一如我所言，我们面临的问题是如何用一种有效的且有益的方式来描述上述情形；所谓有益的，既是对这些情形而言的，又是对这种情形所隐含的涵义而言的，因为它们的涵义是要说明我们应如何把法律过程视为一种世界性的普遍现象，既然自然法的虔敬、法律实证主义的简单化和法律现实主义的

规避似乎都已不再能有多大作为。这乃是一个关于在没有摧毁那些最初驱使我们关注它们的不规则特性的情况下，以规则方式讨论那些不规则事物的问题；如前所述，这是一项极不规则的工作。

这项不规则的工作，正如罗蒂所指出的，乃是“按照某种规范话语的观点来研究失范话语”，亦即“力图在我们对它仍没有足够把握以至真正知道如何描述它并据此系统阐释它的阶段就洞见正在发生的事件的意义”。正是这一不规则的工作，后来渐渐被称为“阐释学”(Hermeneutics)。这一术语的希腊文词形、神学的历史意蕴和教授先生的自信都不应当扰乱我们的视线，因为，根据较为朴实和不太浮华的解释称谓(interpretation)，它实际上是我们许多人至少一直在谈论的东西。[88]的确，正是在这里最为需要的便是关注人种学个案特征的人类学家与关注法律个案特征的法律家之间的微观层面的频繁对话；这个问题我已在本文第一部分论及了，这种对话乃是上述从不同角度关注地方性问题的研究者在解决虽说并不完全相同的但却至少是同质的问题时彼此帮助的一个最为可行的办法。法律多元现象，因其是法律的而吸引了法律家，因其是多元的而吸引了人类学家，所以法律多元现象似乎正是那种二者必须彼此照应的现象。

法律多元的阐释学乃是那种以合理的、通俗易懂的方式阐释埃塞俄比亚式状况的努力；这一努力不论是在第三世界、第二世界，还是在那种只有一种国家、只有一种法律的思想发源地即第一世界（如今这种思想已遭到了挑战）都具有成效，因此，法律多元的阐释学并不意味着建构某种神奇的世界语，以期在这种语言中，任何反向的、原初的、琐碎的和怪异的事情都能够以明确且中性的方式表达出来。瑞蓓卡·威斯特(Rebec-

ca West）曾经在评论一本联合国出版物时对这类构建世界语的奇想做过完全的否定，他指出由于该出版物服从于全世界的和平使命，所以是用混杂的英语写就的（著名法人类学家保罗·波赫南（Paul Bohannan），由于对关于非洲法是应根据非洲的概念还是应根据西方概念加以分析这一旷日持久且无结论的讨论感到绝望，所以曾经很严肃地建议，我们都应根据FORTRAN〈公式翻译〉来描述这类事情）。它所具的底蕴，对于大多数学术研究足以构成一场革命，而就手边的例子而言，乃是对人类学家和比较法学家既有话语模式的一种拓展；就本文所指涉的文化异质性和规范性歧异而言，这种方式进而可以对那些人类学和比较法学通常皆感陌生的问题做出尽可能有说服力的评论。说服力的标准，必须是根据我们自己的需要而确立的。我以为这种标准是绝不能依其他人的需要而确立的。但是，它们不必太过严格：世界上发生的超出了联邦上诉法院那种规定有序的话语和氏族民族志所涉范围的每一件事情都无法达致这些标准。

这种以不太异常的语词来处理异常的事情的努力（一半是堂吉诃德式的，一半是西昔浮斯式的），对于法律多元现象具有着特别的启发意义，因为那些第三世界之复杂状态的观察者发现自己被无情地卷入了这种努力的行列，其实他们也是那种复杂状态的制造者。他们有时试图理解第三世界的法律世界，但其所采方法太过整体性（传统的宗教复兴者式、革命的激进者式和西方的法典式）以致无力真实地表现它，他们有时也放弃对它的理解的希望；总之，他们有些机会主义地摇摆于二者之间。当局者迷，旁观者清。从一个方面来看，是所谓阐释学的

挑战（我们能就如此混杂的话语说什么呢?），但从另一方面来看则是一种实践性的挑战（我们在这种混杂的话语中又能说什么呢?）。

让我们以印度尼西亚、特别是爪哇为例，因为我对它们的了解要胜于对埃塞俄比亚的了解。公元前一、二千年前，不知道多少批来自今日中国南部的和越南北部的南岛语族人从各条途径来到这里定居；建于5世纪至15世纪的精致的印度式建筑到处可见；自汉代以降，真诚的华裔商人随处能遇；狂热的伊斯兰传教始于12世纪，有的正统，有的不太正统；从1598年到1942年（在拿破仑战争期间英国人曾介入，带来了国家征用权和左侧行驶规则），荷兰人一个地区接一个地区地逐渐将其殖民化，从1942年到1945年日本人占领和统治了该地；当下则有美国的、东亚的、澳大利亚的、欧洲的、苏联的和中东的政治和经济利益的广泛渗入，因而它受到了几乎所有法律认识形式（除非洲的、或许还有爱斯基摩人的法律认识以外）的影响。

在讨论与习惯法相对的*adat*时，我业已论及荷属东印度的法律安排的一般性质。一般说来，它是一种“to-each-his-own”（属谁的归谁）类型的体制（“like over like is grace”，一如传教口号所言），由荷兰政府作为裁定谁是each-es、什么是他们own的终级机构，[89]其基本特征极为明确：它介乎于欧洲的与非欧洲的之间。但是，非欧洲的类型极其庞杂；即使在欧洲类型当中，坚定的现代化者、坚定的东方化者和坚定的顺应时势者之间也存在着太多的分歧，而且，对立派别中的个人采用的方式则更多，所以荷属东印度法律安排的基本特征的明确性又被模糊了，毋宁说它是一种大迂回多进路(grand indirection)的框架。

当然，这种大迂回多进路的历史是漫长且不断变化的，其间充满着法规汇编和政策变更。但是，在本世纪初期，它或多或少达致了一种形式，或者说非形式，在这种形式或非形式中，共和国最终承继了这种框架：三个主要的法律阶层（欧洲阶层、本地阶层和外来的东方阶层）、两种主要的法院等级系统（一是由法律事务方面的官僚组成的 Rechtsstaat 集团，另一是由本地事务专家组成的殖民地集团）以及一大批特殊案件、特定安排和未同化的惯例，正是这最后一点模糊了法律阶层并混淆了法院等级系统。[90]

就阶层方面观之，主要的麻烦因素是外来东方阶层的通道性，通过此一阶层的各种通道，各种社会填隙阶层总是在渗入准欧洲人的阶层，即“受过教育”的印尼人的双重地位（他们有时是本地人，有时又不是），另外的麻烦因素在于规章制度，即当他们妨碍帝国事务时，他们所要受其约束的一整套庞大而精致的规章制度。就法院等级科层方面言之，它们乃是发达的宗教法院系统，但是这种系统中只有一半受殖民地集团的控制，而且为他们所理解的尚不足一半；大量的由习惯法法官组成的习惯法法庭演变成了 19 个习惯法司法管辖范围，其依据是扩散的（有时更是观念上的）文化区域标准。撇开细节不谈，不管此地情形多么丰富多样（日本人是荣誉欧洲人；像荷兰人一样生活富足的当地人可以向总督申请成为法律上的荷兰人；通婚使得荷兰女人成为印尼人和中国人当中的一员，反之亦然；为了某项特殊交易：比如银行借贷，任何个人可以成为欧洲人，为了其他目的任何人也可以成为当地人），亦不管人们从这里能获致什么，这里所反映出来的不争的事实是大量的法律和并不太多的共识。

总而言之，首先，日本占领时期极为困苦艰辛，在这个大约三年的时期内，法律出自枪炮；其次，荷兰人返回后也极度混乱，在这个大约五年的时期内，法律出自为恢复战前社会秩序（至少是表面秩序）而做的全部努力；此后上述那种大杂烩的各个组成部分被粗暴地分离了，有的被遗弃，有的被增加，有的被重构，然后又重新以粗暴的方法被拼凑到一起。

正如研究这类问题的著名学者丹尼尔·列夫（Daniel Lev）所反复指出的那样，印尼独立（1945年宣布，1950年实现）的到来，就法律制度而言，意味着它们被一种突如其来的更为积极的政治生活所吞没，这一现象在国内外常常被误解为"法律的衰退"，就像最恐怖的热带疾病一般。[91]在殖民地时期，宗教的、地域的、种族的、经济的和文化的群落之间的紧张关系，除了主要以不合法的方式表现出来以外，一直未被容许转化成公开的政治表达，而在苏加诺这个彻底的折衷主义者统治时期，这种紧张关系不仅获致了政治表达形式，而且导致了骚动。从士兵和公务员到学童和佃农，每个人都因站队而被纳入到对立的派系之中，而且积怨难消；法官、律师、法学家、立法者和警察也都未逃脱此一命运。法律多元现象并没有因荷兰人的统治结束而消失，相反，它打破了以往容纳它（不论这公平与否）的高度紧张的制度结构。

具有讽刺意义（当时未能认识到，如今却已呈现出来，因为人类因它而付出的代价已经明了）的是，这种关于一切事物都存有分歧的高峰时期，乃出现在激进的、一元的民族主义得以张目之时，而这种民族主义打着全面的、无例外的社会整合的旗号，却否定了这种不同意见的合法性，有时甚至是不容许它的存在。就法律而言，它采取了这样一种形式：力图使既有

的法律认识——穆斯林的、*adat*、印度的、西方的，或者其他地方的法律认识——隶属于一种新的、虚幻的认识，即所谓“革命的”认识，其主导精神要比其内容清楚得多。就那种同时产生的对殖民地法律安排的不信任以及对这些安排欲回应的问题的强调（即关于何谓正义这类不能按同一尺度衡量的概念的问题）而做出的最初反应，便是把这些法律安排看成是产生这个问题的原因。解决了法律安排问题，也就解决了这个问题。

实际进程表明并非如此；在复兴民族个性的名义下并没有出现一次大融合，依此名义出现的乃是一场大争执及大不和。就法律而言，这种大争执及大不和部分是以法官、公诉人和警察之间的三角争斗的形式发生的（一如丹尼尔·列夫所表明的），其目的是为了在没有西方人的西方（因而即是“民族的”）法律机器中争取支配地位，这种法律机器是随着种族分类的废除和法院分立的取消而出现的。寻求承继其先前荷兰人所享有的崇高地位但与殖民地痕迹不相联系的法官，指望普通法模式，尤其是美国的普通法模式，以支撑自己的地位（他们甚至试图建立司法审查制度，但没有成功）。寻求改变其作为“本地司法官员”的前任者的低下地位（他们的地位甚至不比法律书记官高）的公诉人，则指望大陆民法模式（亦即 *the juge d'instruction* 类型）以提高自身的地位。而警察，他们不仅寻求摆脱法官和公诉人，而且力图摆脱司法长官和军队首脑的左右而获致自身的独立地位，据此结束他们在人们心目中的走狗形象，并指望通过自己在革命中的先锋作用来改头换面。[92]那种大争执及大不和还部分地以振兴宗教法院体制的形式出现，这是一种来自虔诚教徒的有组织的压力（和来自世俗者的有组织的抵制），目的在于使这种法院体制扩展、集中化和“官方化”，以及使其获

致扩大的司法管辖权、日多的权威以及（极端的“伊斯兰国家”思想中的）宪法地位。[93]而且，这种大争执及大不和还部分地以在地方自治的引导下的更新习惯法运动的形式出现，这一运动代表着真正的印尼人的心声，它以“人民之法”的堡垒来对抗各种外来的杂质：西方的“实证主义”、中东的“原教旨主义”和印度的“封建主义”等等。[94]

姑且把所有这些争斗是如何产生的问题搁置一旁（它们并不是产生，它们只是延续，它们很可能会以或多或少不太明确的这种或那种方式延续下去），让我们先来讨论以下的问题：在短短的十年内，伴随入侵、反抗和革命而来的动乱——以及后来的暴乱、大屠杀、军人统治——几乎未能使法律的思考及其实践退至社会发展主流的边缘，准确地说，它们把对法律的思考及法律的实施进一步推到了社会发展的中央。[95]在观点分歧和程式冲突的时候，把对生活如何凝聚的条件性观点同使案件可裁定的因果性程式联系起来的努力并没有减少，它只是采取了一种更为坚定的方式。

我所谓的法律的建设性作用，在这里的确表现得特别明显。因为问题的焦点毕竟不在于财产是否应按照 *adat*，*šariʿa* 或罗马荷兰人原则来转移，世俗婚姻是否应得到承认以及财政机构是否可以负责课收利息，甚至也不在于巴厘人的印度教和爪哇人的印度神秘主义是否应当由国家承认其法律地位——尽管所有这些都是印尼独立以后的长期争论所在。问题的焦点（以及上述具体争议以这种或那种方式所引起的和反映的东西），乃是一种前东印度人如今正在发展着的社会类型问题。法律具有着将所发生的特定事情（一如允诺和伤害事件）置于某种一般框架之中的力量，其方法在于：对特定事情的原则性处理所遵循

的规则似乎自然生成于这些特定事情的特征之要质之中。因此，法律就远远不只是一种对受得（received）智慧的反映或一种解决争议的技术。这样，我们对下述问题就不会感到奇怪了：法学一如其他的意义产生者和领域（宗教、意识形态、科学、历史、伦理和常识）的提倡者赋予其意义和领域以热情的关注一般，亦给予了法律领域以同样的热情关注。

这种情感极为强烈，因为风险（或至少被感到的风险）并不只在于就应当如何发现事实和应当如何制定法律达致一致意见的问题。如果那就是风险所在，那么就完全可以就下列问题进行良好且足够的商议：这里同意些许道德的作证，那里就同意些许身份的立法；发布一些旨在平息村庄失序现象的裁决，做出一些旨在使商业金融得以展开的拟制。几乎任何人（甚至婚姻终止裁判者或遗嘱检验法官）都尚无准备去实现纯粹的程序。风险（或至少被感到的风险）乃在于有关事实的观念及法律的观念本身和有关事实观念与法律观念间的关系的观念。如果没有这种观念，人类便很难生活下去，更遑论裁判是非曲直了。这种观念认为，真理、邪恶、虚假和美德都是真实的、可辨识的，而且是恰当地融合在一起的。

关于审判应当如何运作方面的争斗（正是这类事情使巴厘那位既具有当代科层身份又具有神性的王与我所调查的村庄的公民之间发生了纷争），简而言之，乃是一种更为广泛且更为深层的斗争的一部分，因为恰恰是在那里才能逐渐形成可行的生活样式；亦正是在远比荷属印尼法律更为犬牙交错的英印法律领域，才能形成修补所谓工作性误解（a working misunderstanding）的办法。原本有可能因此一误解形成的不同派系，近些年来当然发生了一些变化，它们的各自力量对比则发生了更大的

变化。当然，也至少存在着这样一种可能性，即上述派系中的一个派系将在政治上获致胜利，以至有能力将其观点强加于其他各方，尽管我对此一可能性颇为怀疑。甚至还存在着另一种可能性，即除了暴力秩序（economy of violence）（就某种程度而言，这种现象于1965年的10月和11月已然发生）以外其他手段都于事无补时，一种真正的霍布斯式时刻就会到来。但是，即使这一时刻到来，它亦会随之引发另一种努力的出现（在苏哈托统治时期，这也的确出现了），即强迫大杂烩的各支各派进入某种可忍受的安排之中。然而毋庸置疑，有一点是明确无误的：认为法律只与手段相关而与目的无涉的法律工具观（实现社会价值的纯粹力量则存在于某些其他领域——可能是宗教领域或哲学领域，或来自于大众领袖的智慧），显然是行不通的。[96]坚决反对穆斯林狂热主义的伟大的埃及学者，拉什迪·利塔（Rashid Rida）指出，"在你确知某人是否服从*šarī'a*之前，绝不要信任他，尽管他大名赫赫"；不论人们如何看待利塔的恪守法律观，他至少认为法律存有自身的价值和目的。[97]

那么，何种法律观才是我们所应主张的呢？这当然很难说。但是，毋庸置疑的是，我们将不再持法律的功能观，这种观点认为法律乃是一种机敏的手段，通过它可以使人们不再互相残杀、可以促进占支配地位的阶层的利益，捍卫弱者之权以免弱肉强食、使社会生活处于一种比较可预测的状态（显而易见的是，上述所有功能的根本在于因地因时地变更其范围）；我们将转而趋向法律的阐释观，这种观点认为法律乃是一种赋予特定地方的特定事务以特定意义的方式（"事务"在这里包括发生了的事务、未能发生的事务以及可能发生的事务），这样，那些

崇高的、凶险的、或仅仅是权宜的方法才会具有特定的形式并产生特定的影响，简而言之，重要的是意义，而非功能。

无论如何，这便是我的观点，而且本文讨论的紧要主题（无论是在显现层面上还是在内在层面上严肃关注各个问题时都关涉到了这些主题）的构设，其目的都在于提出和阐明此一观点。本文的主题大致如下所述：依据地方性知识（直觉和直接个案）认识法律，或主张法律本身就是地方性知识；将“法律”和“人类学”分解为不同学科，以通过具体的交叉而非混杂的合成将它们勾连起来；对法律与事实的对立做相对的处理，使化为反映一致形象和推论程式的各种表现；把比较法研究视为“文化际译释”（intercultural translation）的实施；主张法律思想对于社会现实具有建设性意义，而非仅仅是对它们的反映；强调法律认识的历史固定性；反对用社会共识来解释法律的实际效力，而倡导用寻求意义的方法对之加以解释；深信法律多元化趋向不是一条转眼即逝的歧路，而是当下社会的核心特征；认为自我理解与他人理解在法律之中，一如在其他文化领域，都具有内在勾连性。所有这些观点都是某种思想倾向（即一种颇为关注事物之多样性和差异性的思想）的产物。将上述主题放在一起考察，我以为，与其说它们协调一致地进入了一种系统的状态（“hermeneuticism”或某种同样不规则的解释法），不如说它们处于彼此冲撞的状态；但就主题可以恰当地被认为能达致系统状态而言，它们每次都能达致这一点则足以表明，尽管重述雪莱的诗句和宣称法律专家们是出色的诗人（尽管他们未被承认）无疑是走得过远了，但是视法律为某种社会想像，可能具有某种可佐证它的内容。

可佐证它的一项内容是，从行为心理学、新古典经济学、功

利社会学或功能人类学等“硬边”型社会科学（hard-edge social science）以外领域获致的分析资源，可以在理解它时产生影响。社会理论日益视社会行动为意义的具体化和意义的表达的趋向，严格视之，始于马克斯·韦伯和弗洛伊德（或者就某些文献而言，亦与杜尔凯姆，索绪尔和G. H. 米德有些渊源关联），而且于当下已具有某种显学之势了；这种趋向展现了一系列可能性，以解释为什么我们要按照比一些较为标准的观点的推挽式形象描述（pulls and pushes imagery）所提供的更为宽泛的方式行事。

尽管这种所谓的“解释旋风”（interpretive turn），亦即把人的行为和人的行为之产物视为“说某事之某事”（saying something of something）——需要从人的行为和人的行为之产物中抽离出某些东西并予以解析——实际上触及了各个文化研究领域，甚至达致了诸如社会心理学和科学哲学等实证论者的大本营，但是它迄今尚未对法律研究发生多大影响。实践之法律所具有的强烈的“实用知识”（how-to）偏好——亦即你如何能够避免去法院；你如何能够在法院胜诉；这又是对霍姆斯的具有讽刺意义的总结的重复——使那种“解释旋风”无法迫近它。但是，令人怀疑的是，有关某一领域的历史学、社会学和哲学是否也都得到了很好的建议，去采纳该领域的实践者对该领域所持有的认识作为它们自身的认识。最终，我们所需要的还远不止于地方性知识。我们需要一种将它的各种变异形式转换成其彼此的评注的方法，亦即以彼此的优长评释对方的短处的方法。

就此而言，尚无现成的方法，而我本人亦怀疑将来是否会有这种方法。但是，当下已有了某种程度的智慧积累。我以为，

更多的是在人类学中而不是在法学领域中，人类学内又更多的是与交换符号学、仪式符号学或政治符号学而不是与法学相联系，我们正在学习某种方法，把不可按同一标准衡量的观点以及登记经验和反映生活的不同方式纳入概念近似的框架中（尽管我们对它们的区别性特征的认识并没有减少，通常会加深），以至于它们不再比分别考虑它们时的它们更加高深莫测了。桑塔亚纳（Santayana）有一句著名格言，即人们只有在无力思及问题的核心时才会进行比较。但我以为，至少在此处以为，他的观点恰是真理的反动，因为正是通过比较（即比较不可比较的和无共同衡量标准的物事），我们事实上所能思及的问题之核心才可被达致。

我就这种论述问题的禅宗棒喝之法（Zen Koan，“其乃双手不合十而发出的声响？”）表示歉意。但是当人们考虑到这种方法（比较不可比较的和无共同衡量标准的物事——如弥尔顿与莎士比亚，伦勃朗与鲁本斯，柏拉图与康德，牛顿与爱因斯坦之比较）正是致力于为想像之形式做描述性解析的各学科花了其大部时间所采用的方法时，那种认为它是一种不可容忍的自相矛盾观点的判断就会因此而消失。正是鉴于此一理由，那些学科（文学批评与艺术史、道德哲学与科学史以及诸多其他学科）才会通过诸如法律与事实在不同文化传统间及在不同历史阶段中所具的变动不居的差异性质等棘手困惑之事（而不是通过那些被以为是更为“科学的”规定性，其间所发生的每一件事都一定会以同样的性质聚集起来）向我们提供了足以促使我们研究得以进步的更多正面因素。如果我于此处所论的东西中有什么信息的话，那就是，这个世界乃是一个具有各种不同特征的地域，法学家与人类学家间具有不同特征、穆斯林与印度

教徒间具有不同特征、小传统与大传统间具有不同特征、往昔殖民地与当下民族国家间具有不同特征，等等；借助于科学方法和其他方法，通过面对那种基本现实（grand actuality）而非在一种无力的普遍性和虚假安慰的烟雾中希望那种差异性自动消失，我们将会有更多的收获。

当然，按这种解说，一切就都会令人感到振奋了。我们喜欢认为现实律（reality principle）对于我们是有益的，除非当它最后毁灭我们之时我们才会不这样认为。但是，通过把我们置于不同的他人（这里“他人”，不是指遥远的火星人，不是不可信的原始人，也不是指毫无装备的一般意义的每个人，而是指那些一如我们有性别的和生存的人）之中而界定我们自身的严肃努力，的确会遇到真正的风险，智的熵现象（intellectual entropy）和道德瘫痪便是其中颇为重要的风险。我们的声音（voice）只是许多声音中的一种声音，而且由于它是我们所拥有的唯一声音，所以我们说话时一定需要依凭它；这种矛盾的感觉是极难维系的。人们一直恰当称之为人类长期对话的东西，可能会因声音日益的不和谐而使形成任何有条理的思想（更谈不上把地方性法律认识形式纳入彼此评论、进而相互深化的状态）都变得不可能。但是，无论如何，我们都别无选择，我本人亦持此一观点。对任何地方的文化制度而言，既然任何人现在不会而且将来也不会与他人隔绝、老死不相往来，那么其首要问题就不是每一存在物是否将毫无裂缝地聚合在一起，亦不是，反而观之，我们是否都将分裂地固持于我们各自独有的偏见；其首要问题在于人类是否将继续有能力（在爪哇或康涅狄格）通过法律、人类学或其他学科和制度去想像这些知识和制度能够实际导向的有规则可循的生活。

注 释

[1] O. W. Holmes, Jr., "The Path of Law," reprinted in *Landmarks of Law*, ed. R. D. Henson (Boston, 1960), pp. 40—41. E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (Cambridge, Mass, 1954), p. 10.

[2] B. Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (London, 1926); K. Llewellyn and E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way* (Norman, Oklahoma, 1941); M. Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia* (Manchester, 1955, rev. ed. 1967); P. Bohannan, *Justice and Judgment Among the Tiv of Nigeria* (London, 1957).

S. F. Moore, "Legal Liability and Evolutionary Interpretation," in *Law as Process* (London, 1978), pp. 83—134; L. Rosen, "Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System," *Law and Society Review* 15 (1980—81): 217—45.

[3] 就事实的概略化分析而言，见 J. T. Noonan, Jr., *Persons and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Whythe as Makers of the Masks* (New York, 1976). 就缩小道德问题以供司法裁定而言，见 L. A. Fallers, *Law WithoutPrecedent* (Chicago, 1969); 参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 1961). 就民族志分析的"解释"观而言，见 C. Geertz, "Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture," in *The Interpretation of Cultures* (New York, 1973), pp. 3—30.

[4] P. Rothstein, *Evidence in a Nutshell* (St. Paul, 1970), p. 5.

[5] A. P. Herbert, *Uncommon Law* (London, 1970), p. 350; 我重新调整了这句引语。

[6] J. Frank, *Courts on Trial* (Princeton, 1949).

[7] J. Frank, *Law and the Modern Mind* (New York, 1930); L.

Fuller, "American Legal Realism," *University of Pennsylvania Law Review* 82 (1933—34): 429—62; Noonan, *Persons and Masks of the Law.*

[8] M. Barkun, *Law Without Sanctions* (New Haven, 1968), p. 143.

[9] K. Llwellyn and E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way*, p. 304. 关于"事实的正义"对抗"法律的正义",参阅 L. Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Perspective*, pp. 234 ff. ; M. Gluckman, *The Judicial Process*, p. 336.

[10] F. von Benda-Beckmann, *Property in Social Continuity*, Verhandelingen van het Institute voor Taal—, Land—en Volkenkunde, 86, (The Hague, 1979), pp. 28 ff.

[11] C. Geertz, "Form and Variation in Balinese Village Structur e," *American Anthropologist* 61 (1949): 991—1012; idem "Tihingan: A Balinese Village," *Bijdragen tot Taal —, Land — en Volkenkunde* 120 (1964):1—33.

[12] C. Geertz, *Negara: The Theatre State in Nineteenth—Century Bali* (Princeton, 1980).

[13] G. Gilmore, *The Ages of American Law* (New Haven, 1977), p. 111.

[14] P. R. Hyams, "Trial by Ordeal, the Key to Proof in the Common Law," 排印中。

[15] N. Goodman, *Ways of Worldmaking* (Indianapolis and Cambridge, Mass. , 1978).

[16] N. Goodman, "The Way the World Is," in *Problems and Projects* (Indianapolis and Cambridge, Mass. , 1972), pp. 24—32.

[17] C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*; P. Rabinow and W. M. Sulivan, eds. , *Interpretive Social Science: A Reader* (Berkeley and Los Angeles, 1979).

[18] A. M. Hocart, *Kings and Councillors: An Essay in the Com-*

parative Anatomy of Human Society (Chicago, 1970), p. 128.

[19] Barkun, *Law Without Sanctions*, p. 33.

[20] P. H. Gulliver, "Dispute Settlement Without Courts: The Ndenduli of Southern Tanzania," in *Law in Culture and Society*, ed. L. Nader (Chicago, 1969), p. 59.

[21] E. Colson, *Tradition and Contract: The Problem of Order* (Chicago, 1974), p. 82.

[22] N. Goodman, *Ways of Worldmaking*, p. 121.

[23] 就我所论及的解集性分析而言，尤见拙著：*Islam Observed* (New Haven, 1968) 以及 *The Religion of Java* (Glencoe, Ill., 1960). 另外，应当指出的是，说"伊斯兰"，我并不是指中东；说"印度"，我并不是指印度一国。

[24] 就假定性方法而言，见 E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*。再者，我并不希望蔑视这一方法或否认此一方法所达致的成就，而仅仅是为了将我的方法与这一方法予以区别而已。

[25] 此处及本文他处的某些段落文字源自于笔者所撰的上引著述，尤源出于"Sūq: The Bazaar Economy in Morocco," in C. Geertz, H. Geertz and L. Rosen, *Meaning and Order in Moroccan Society* (Cambridge, England, and New York, 1979), 页 123—313; C. Geertz, *Islam Observed*.

[26] W. C. Smith, "Orientalism and Truth" (T. Cuyler Young Lecture, Program in Near Eastern Studies, Princeton University, 1969); cf. W. C. Smith, "A Human View of Truth." *Studies in Religion* 1 (1971): 6—24. 为避免因圆点符号而使版面太乱，笔者略去了带有省略号的词句。关于伊斯兰神学特性的问题，见 H. A. Wolfson, *The Philosophy of the Kalam* (Cambridge, Mass., 1976), 页 112—234.

[27] 就更为详尽地探究 *haqq* 于各个层面的意义，见新版《伊斯兰百科全书》**"Hakk"** 条目，(Leiden and London, 1971) vol. 3, 页 81—82, 该条目颇为思辨地指出，法律意涵乃是原初（前伊斯兰）的意义，据于此

一意义方发展出了伦理以及宗教的意涵。"总而言之，($\dot{h}$-q-q) 此一词根的各种含义，首先源出于刻定的（即刻定于木头、石头和金属之上的）恒久有效之法律的意义，后扩之于正确与真实、正当与真理的伦理理想的含义，而终及于神性即精神实在之含义。" 关于这一特别富有构词力的词根的其他方面，另见上引书（页 75—76） "**Hakika**" 词条及（页 551）"**hukuk**" 词条。

[28] H. A. Wolfson, *Philosophy of the Kalam*, pp. 235—303.

[29] 就古伊斯兰法的文献及做证问题而言，见 J. A. Wakin, *The Function of Documents in Islamic Law* (Albany, 1972). 参见 Rosen, "Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System"; A. Mez, *The Renaissance of Islam* (Beirut, 1973 [原版约在 1917]), 页 227—29; J. Schacht, *Islamic Law* (Oxford, 1964), 页 192—94。"martyr" (*šahīd*) 一词源出于同一词根，显然具有"神见"之含义。见"*Shahid*"条，H. A. R. Gibb and J. H. Kramers, *Shorter Encyclopaedia of Islam* (Leiden and London, 1961), pp. 515—18. *Šahāda*（"证词"、"做证"）当然也是源出于穆斯林著名的"宗教立誓"的一个术语。"（我证明），除安拉外，再无神灵；（我证明）穆罕默德是安拉的使者。" 严格的举证要求（例如，"承担举证责任方有义务提供两位男性成年穆斯林证人就举证者的权利要求的真实性做出直接而真实的口头证明，这两位证人的道德品质及宗教虔诚是要无可挑剔的。"）有时候被认为是宗教法院于当代管辖权渐趋缩小的主要原因。(N. J. Coulson, "Islamic Law," in *An Introduction to Legal Systems*, ed. J. D. M. Derrett (New York and Washington, D. C., 1968), pp. 54—74，引文见页70）. 这种认识虽不无道理，但是它却忽略了这种"严格"做证的观点对继宗教法院后而起的"世俗"法院的程序所产生的影响的程度。

[30] Wakin, *Function of Documents in Islamic Law*, p. 6.

[31] Rosen, "Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System."

[32] Wakin, *Function of Documents in Islamic Law*, p. 7.

[33] 关于巴格达的情况，见 Mez，*Renaissance of Islam*，页229。这是一个极高的数字。几年以后，该数字被砍到较为实用的303，但是就是这个数字，法官们仍认为有些高。关于次级证人，见 Wakin，*Function of Documents in Islamic Law*，页66以次。Schacht，*Islamic Law*，页194。Wakin 指出，两个证人必须做证以使首级证人得到证实。*Šahada ʿalā šahada* 是单数形式，从法律技术上而言，它是指"做证"之行为，而不是指"证人"，因此似乎应恰当地被转译为"有关做证的做证"。见上引注[29]。

[34] Schacht，*Islamic Law*，p. 193. 关于微行者 *qādī*，Mez，*Renaissance of Islam*，p. 228.

[35] Schacht，*Islamic Law*，pp. 122，189.

[36] 同上，页187。与本文所涉其他观点相同，这个问题并未在法律注释者中达致完全一致意见，只是大体一致罢了。

[37] 有关宗教法院于当下的功用，见 Coulson，"Islamic Law."

[38] 这些术语在伊斯兰中部地区通常被缩写为*šuhūd*（sg. *šahīd*；见上引注[29]），在东西部交接地区被缩写为*ʿudūl*（sg. *ʿadl*）。*Wakin*，*Function of Documents in Islamic Law*，p. 7. 由于他的功能不只是记录他人所言，而且还要将其自身的品性附加于他人所言，所以*ʿadl* 似乎不应当被转译成"公证人"；但是这种用法却是标准的，我不认为自己有更好的说法。有关一般意义上的伊斯兰公证人（或者"可靠的证人"的用法）的问题，见 E. Tyan，*Le Notariat et le Preuve par Ecrit dan le Pratique du Droit Musulman*（Beirut，1945）。另外，我要就我得以掌握 adl 在摩洛哥的作用的大部知识，向 Lawrence Rosen 表示感谢。

[39] 宗教法院以及与其相关的公证人制度，在一些较为传统的中东国家内，如沙特阿拉伯，仍有着颇为广泛的影响力。另外，当下所谓"伊斯兰复兴"运动，似乎使其在利比亚、伊朗、巴基斯坦等地区有重新扩大适用范围的趋向。

[40] 笔者应当重申，使用："Indic"（Indicised）一术语，而不使用"Indian"（Indianized）、"Hindu"（Hinduised）等术语，目的乃在于尽量展

现 “Indian-ness”、“Indian impact” 于东亚的程序、类型、深度等始终争论不休的问题的全貌。关于此一问题更多的讨论，见 Geertz，*Negara*，p. 138. 参见 Derrett 的 “任何不是鸭、鹅或火鸡的东西便是鸡” 的 “Hinduism” 观：“为了适用属人法中被编纂之部分，在印度的 Hindu 乃是非穆斯林、波斯袄教徒、基督徒或犹太教徒的人。”J. D. M. Derrett，*Religion，Law and the State in India* (New York，1968)，p. 44 (原文系斜体)。

[41] 有关古印度法文本（更确切地说，演生出司法观念的那些文本）的讨论，关于印度教见 R. Lingat，*The Classical Law of India*，trans. J. D. M. Derrett (Berkeley and Los Angeles，1973)，页7—9，18—122；关于佛教见 R. F. Gombrich，*Precept and Practice：Traditional Buddhism in the Rural Highlands of Ceylon* (Oxford，1971)，页40—45；关于派生的东南亚典籍，见 M. C. Hoadley and M. B. Hooker，*An Introduction to Javanese Law：A Translation of and Commentary on the Agama* (Tucson，1981)，页12—31，以及 M. B. Hooker，“Law Texts of Southeast Asia，” *The Journal of Asian Studies* 37 (1978)：201—19.

[42] Derrett，*Religion，Law and the State*，p. 118.

[43] W. D. O'Flaherty，*The Origins of Evil in Hindu Mythology* (Berkeley and Los Angeles，1976). 这句引语是引自页94，95，96，98，109的混合词。当然，这乃是一种印度教式的阐释；佛教的阐释与之有诸多重大的不同。在文本讨论中，我已竭力按下述方式陈述各问题，即在一般意义上讲，它既可以适用于盛行印度教的印度（北部东南亚 Theravada 诸国家），亦可适用于印度尼西亚群岛更为复杂的境况，尽管一种较比深层的分析还须对这两大印度传统的法律观的差异做出深究，一如对西方传统的深刻分析必须对天主教和新教两大基督教传统的法律观差异进行探究。然而，如同西方文明一般（伊斯兰亦是如此，其教派林立，然我同样也未就其中的逊尼派与什叶派间的差异做进一步的分析），印度文明亦确然拥有一种由其法律所呈现出来的独特形式和基调。“如果你询问一佛教徒的宗教信仰为何，他将以为你在谈论 Dharma。然而，这些信仰是在与其他信仰，亦即更为基本的设定的比较境况中才起作用的。这不仅在历史

上表现为真，而且在逻辑上亦表现为当：因为佛生成于印度教社会，并接受了许多印度教的设定”(Gombrich，*Precept and Practice*，页68)。

[44] J. Gonda, *Sanskrit in Indonesia*. 2nd ed. (New Delhi，1973)，pp. 537，157；Gombrich，*Precept and Practice*，p. 60；Rahula，*What the Buddha Taught*，p. 58；Lingat，*Classical Law of India*，p. 3；S. Wojowasito，*A Kawi Lexicon*，ed. R. F. Mills (Ann Arbor，1979)，pp. 287—88. 当然，有关*dharma*的意涵及其在印度教传统中与法律的关系的简要而精彩的讨论，见L. Rocher，“Hindu Conceptions of Law，”*The Hastings Law Journal* 29 (1978)：1280—1305。

[45] R. B. Inden and R. W. Nicholas，*Kinship in Bengali Culture* (Chicago，1977)，p. xiv. 就类似的解释言，见M. Davis，*Rank and Rivalry*：*The Politics of Inequality in Rural West Bengal* (Cambridge，England，and New York，即将出版)；M. Marriott and R. B. Inden，“Caste Systems，” *Encyclopedia Brittanica*，15th ed. 1974.

[46] O'Flaherty，*Origins of Evil*，pp. 94—95. 通过校订和增改而使这一程式更为一般化。诚然，Inden—Nicholas 和 O'Flaherty 的论述与规定等级制的印度教有关，但至少在这一方面，佛教的观点再一次表明它与之并非截然不同：“（佛教）世界充满着生灵，他们处在等级有序的各个层次上。人类大约处在中间层……在人类上面则是各种等级的神灵，而在其下面则是牲畜、鬼怪和恶魔。在这个世界之上是天堂，之下则是地狱。总而言之，随着生灵等级的提升，其力量、福祉和寿命也会增加，行善的力量和倾向也会提高。但是，在任一阶层中都有死亡，而这不可避免地提醒人们生活的不足。死亡促使不同阶层间生灵的流动。任何地方都是不断的死亡和再生。某一生灵的出生地为*Karma*所决定。*Karma*在梵语中原指‘行动’，但已具有了这一专门性意义……所有这些为各类印度教徒和耆那教徒所接受，即为所有主要的印度宗教体系所接受。然而，佛教是第一个完全使这个概念伦理化的体系。对佛教徒来说，*Karma*仅包括道德上善与恶的行为，而不包括其他诸如宗教礼仪那样的行为。”Gombrich，*Precept and Practice*，p. 68.

［47］ *Manu*，VIII，5，引自 Lingat，*Classical Law of India*，p. 4，他认为这部法典出现于公元前2世纪到公元2世纪之间（同上，p. 96）。

［48］ 同上，页3，显然源自 Manu。*dharma* 一词在词源学上与拉丁词 *firmus* 相关，在 *terra firma* 中意指"坚固"、"硬"、"持久"等；广义上它尽可能地在 *Mahābhārta* 中得到明确的阐释（*Śāntip*. 109，59；引自上引书，页3，注2）："*Dharma* 如此被称谓，乃是因为它保护天下万物；Dharma 维续一切已被造设之物。因此，Dharma 乃是维续宇宙之唯一原则。"就此一术语的特定含义（svadharma），见 Davis，*Rank and Rivalry*，"Afterword"："*Dharma* 指个人或一群人，或整个社会适当的自然而道德的行为。它部分地由人们赖以生存的物质和社会共同体所界定，因为每一这样的共同体具有在某些方面与其他共同体不同的生活习惯……（个人的）*dharma* 同样也部分地为一个人所生存的时间所界定，因为每一共同体具有与其他共同体不同的独特历史，即使在同一个共同体中，判定正确与适当的行为标准在时间上也并不是一成不变的。而且，*dharma* 也部分地为人的自身品质和人生的各个阶段所界定，因为个人适当的行为由于其天性，肉体和道德的成熟性而有所不同。空间、时间、品质，以及人生阶段是四项界定个人或个人群体的 *dharma* 的常数。构成其 *dharma* 的具体行为也同样不是永恒不变的，它们会因时间和空间的不同而不同，它们会因个人的人生经验不同而不同。"对于一般的和个人的 *dharma* 之间复杂关系的概念性讨论，见 O'Flaherty，*Origins of Evil*，页94以次。

［49］ Lingat，*Classical Law of India*. p. 208. 参见 Hoadley and Hooker，*Introduction to Javanese Law*，页14："dharma 的具体规则只能通过君王意志的适当实施才能获取稳定性。在这一意义上，*Rāja-dharma* 先于古代法律世界中所有其他明述的义务"。参见 Rocher "Hindu Conceptions of Law，" 页1294："*dharma* 的各个方面都集于君王一身，而西方文明类型的法律范畴则在 *dharma* 的上述方面发挥着更为突出的作用。"关于 *arājaka* 和"The Rule of the Fish，"见 Lingat，*Classical Law of India*. 页207，以及 Derrett，*Religion*，*Law and the State*. 页560。

［50］ R. Lingat，"Evolution of the Conception of Law in Burma and

Siam," *Journal of the Siam Society* 38 (1980): 9—31, 引自 R. A. O'Connor, "Law as Indigenous Social Theory," *American Ethnologist* 8 (1980): 223—37, D. K. Wyatt, *The Politics of Reform in Thailand* (New Haven, 1969), 页8, 引自 D. M. Engel, *Law and Kingship in Thailand During the Reign of King Chulalongkorn* (Ann Arbor, 1979), 页3。M. B. Hooker, *A Concise Legal History of Southeast Asia* (Oxford, 1978), 页31; Engel, *Law and Kingship*, 页8。

Wyatt 的论述重又表明了佛教和印度观念于这一方面的本质相似性:"婆罗门教的 *Devarāja* 概念(作为神的国王),经修改而使国王成为法律的化身,而佛教道德原则的支配则确使国王应根据法律来加以衡量。这一观点的效果在于加强制约力,如在高棉(即柬埔寨)王国,婆罗门就曾试图由此来遏制极权的过分暴虐。"

同样,也应该论及这里产生的其他"分化"问题,如印度与东南亚的印度化地区,由荷兰殖民者利用种族中心主义所指称的 *Voorindië* 与 *Achterindië*: 即东南亚国王已变更了的作用,一如 L. Dumont 所称的印度的"世俗化类型",即这样一个人:"他不能自己成为自己的牺牲者,但可以在他'前面'安置一个祭司……然后他为了祭司而丧失等级的优越性,而只保留自己的权力"(*Home Hierarchicus: An Essay on the Caste System*, trans. M. Swainsbury [Chicago, 1970] pp. 67—68),也有东南亚各种"神圣的"或"半神圣的"或"楷模式"的君王类型(See Engel, *Concise Legal History*; O'Connor, "Law as Indigenous Social Theory"; G. Coedes, *The Indianized States of Southeast Asia*, trans. S. B. Cowing, (Kuala Lumpur, 1958), 以及 Geertz, *Negara*, pp. 121—36)。除下列这个事实,即这一区分在正反两方面都有点过分,不管其在印度影响地区间的比较中如何利用,但这种区分在印度法世界与其他法律世界的比较上已不再具有重要意义了。Coedes 的程式,即"我们必须从本质上来认识印度化,即它是一种以效忠这样的印度概念为基础的有组织文化的扩张,以印度教或佛教的崇拜、*Purānas* 的神话、以及 *Dharma sāstras* 的遵循为特征的,而且自身在梵文中得到表述"(*Indianized States*, 此注页15—16);

似乎是对这一问题最为公正的看法，只要我们牢记如此界定的在印度之外的（而且，确实也在印度之内的）“印度化”程度的不平衡。

[51] Geertz, *Negara*, pp. 37, 126, 240. 在古印度教经文中我们可以得到类似的印象：智者是“想像之人”，而权力行使者是“实干之人”；前者代表“智力”，后者代表“意志”；宫廷祭司是“国王的智囊”等等。关于印度智者与统治者之间的关系的一般论述，见 Lingat, *Classical Law of India*, 页216, 217, 215—22; Dumont, *Homo Hierarchus*, 页71—79; L. Dumont, “The Conception of Kingship in Ancient India”, in *Religion/Politics and History in India* (The Hague, 1970) 页62—81. 关于东亚的问题，见 Geertz, *Negara*, 页36—37, 125—27。

惩罚的适用，即被视为国王 *dharma* 一部分的 *danda* 与通过苦行实行的涤罪，即视为智者 *dharma* 一部分的 prāyaścitta 之间的区别，以及它们两者之间的关系（“[婆罗门] 规定了苦行：因为 [国王] 必须看到苦行的实施，必须惩罚顽徒” [Lingat., *Classical Law of India*. p. 66]；佛教程式在苦行和涤罪的概念方面与它有很大区别）是理解这一关系的各个法律方面的中心点。“如果将印度教传统中有关两种力量之间的关系与基督教关于双剑的理论相类比，那么则是徒劳无益的。诚然，婆罗门教徒善于处理有关礼仪或苦行的问题，但是，其范围在实际上已遍及国王活动的各个领域，并且在政治上和宗教上是等量齐观的。这里不存在各自在其势力范围内行使职能的两种权力，即一方是神圣的，而另一方是渎神的。世俗权力有能力单独行事，但它是一种盲目的力量，在实际运用之前需要得到指导。如果国王蔑视婆罗门教徒的忠告，他不仅会失职，甚至还会导致统治混乱的危险。”（同上，页214, 218；又见页50, 61—67, 232—37）关于爪哇，见 Hoadley and Hooker, *Introduction to Javanese Law*, 页227—28.

[52] 自身利益（*artha*，它自身并没有任何不合法的涵义，而只是在其诱惑力掩盖了人们的责任感时才会引起不合法的问题）学说如同感觉论一样，在古代印度思想中的发达程度类似 *dharma*，而且对该学说的发展有着完整的论述。（见 Dumont, *Homo Hierarchcus*, 页165—66, 196,

251—52；Derrett，*Legal Systems*，页96—97；Lingat，*Classical Law in India*，页5—6，145—48，156—57，另有关王君的司法功能，见页251—54.）关于自身利益在爪哇政治理论中的作用的讨论，见B. R. O'G. Anderson，"The Idea of Power in Javanese Culture，" in *Culture and Politics in Indonesia*，ed. C. Holt（Ithaca，1972）页1—69.："……官员的正确态度应当是在为国家利益勤奋工作时抑制自己的个人动机。……（权力行使者）的 pamrih 对其自身的最终利益是一种真正的威胁，因为沉溺于个人片面的情感或偏见会导致内部的失衡，从而分散个人的注意力并削弱个人的力量。"关于泰国方面，见 O'Connor，"Law as Indigenous Social Theory"，页233—34："现代的泰国人……接受自身利益不可节制观，但认为它在道德上低于宇宙法、王法、习惯以及类似法律的戒律……这些律令都将个人置于更大的社会秩序之中"；以及 Engel，*Law and Kingship*，页7—8。参见 L. Hanks，"Merit and Power in the Thai Social Order，" *American Anthro-pologist* 64（1962）：1246—61.

[53] Derrett，*Legal Systems*，p. 99.

[54] On Manu：Rocher，"Hindu Conceptions of Law，" p. 1294；Lingat，*Classical Law in India*，pp. 222—32. On the *Thammasat*（the Thai rendering of Sanskrit *Dharmasastra*）：Engel，*Law and Kingship*，pp. 1—8；Hooker，*Legal History*，pp. 25—35；Lingat，*Classical Law in India*，pp. 269—279；Lingat，"Evolution of the Conception of Law"；O' Connor，"Law as Indigenous Social Theory."

[55] Engel，*Law and Kingship*，p. 3.

[56] Hooker，*Legal History*，pp. 26—27.

[57] Engel，*Law and Kingship*，p. 5；Prince Dhani Nivat，"The old Siamese Conception of the Monarchy，" *Journal of the Siam Society* 36（1947）：91—106. 由于王室律令被纳入进了《泰摩沙法典》，所以它可以被认为具有"实在法"的成分；然而，这些律令也被纳入了一般性的 *dharma* 整体观，被认为是对这种整体观的反映。就这一问题而言，以及对 Lingat 在"法观念的演化"一文中的观点（即律令的被纳入，反映了东亚

真正与“自然法”观念的分道扬镳）的部分修正，见 O'Connor，“Law as Indigenous Social Theory”，尤其是页225—27；他在此书中正确地就自然/实在法之界分于此一语境中的效用提出了疑问。

[58] The *Nārada—Smrti*, *in The Minor Law Books*: *Narada and Brihaspati*, trans. J. Jolly (Oxford, 1889), p. 35；引自 M. C. Hoadley, “Continuity and Change in Javanese Legal Tradition: The Evidence of the Jayapattra,” *Indonesia* 11: 95—109, at p. 97.

就印度而言，一如 Rocher 所说（“Hindu Conceptions of Law,” p. 1302)，“人们几乎根本不知晓其（远古）时代的实际法律实践活动；”关于这方面较比近时的有益资料可见之于 B. S. Cohn, “Some Notes on Law and Change in North India,” *Economic Development and Cultural Change* 8 (1959): 79—93，尤见之于他的“Anthropological Notes on Disputes and Law in India,” *American Anthropologist* 67 (1965): 82—122；此外，这些资料还可以见之于一个法国的耶稣会会士，Jean Venant Boucher，所撰写的令人欣喜的十八世纪信函，from “Pondicherry to a great man in France,” （“Father Boucher's Letter on the Administration of Hindu Law,” L. Rocher 译，付梓)。被认为由一位 Shudraka 王撰写，但很可能由一位（宗教?）诗人在宫廷服役时所编撰的一部关于四世纪南部印度的梵语情节剧（P. Lal 译，见 *Traditional Asian Plays*, J. R. Brandon 编，[纽约，1972]，页14—114)，有一幕审判戏，其间特别精彩地呈现了王权与法律知识间的紧张。(尤见页96中“法官”——亦即主要“裁估者”或“咨询者”——的开庭讲演辞。) 关于以文本为基础而对传统印度的程序做出的某些论述，见 Lingat, *Classical Law in India*，页69—70，254—56。关于泰国，见 Engel, *Law and Kingship*，页60—63。关于印度尼西亚，见 Hoadley, “Continuity and Change”; Hoadley 和 Hooker, *Introduction to Javanese Law*，页26—28; F. H. van Naerssen, “De Saptopatti: Naar Aanleiding van een Tekstver-bettering in den Nāgarakrtāgama,” *Bijdragen tot Taal—, Land—en Volkenkunde*, 90 (1993): 239—58; Th. G. Pigeaud, “Decree Jaya Song, About 1350A. D.” 见其 *Java in the Fourteenth Centu-*

ry: *A Cultural History*, 4卷本。(海牙, 1960—63), 4: 391—98 (原本为1: 104—7; 译本为3: 151—55); Geertz, *Negara*, 页241—44。关于缅甸和柬埔寨,有关程序的资料更鲜为人知,亦无从获知:就仅所知悉的资料,见 Maung Htin Aung, *Burmese Law Tales* (伦敦, 1962); 也见之于 S. Sahai, *Les Institutions politiques et l'organisation administrative du Cambodge ancien* Ⅵ—ⅩⅢ *siècles* (巴黎, 1970)。

[59] David Engel, *Code and Custom in a Thai Provincial Court* (Tucson, 1978), p. 5.

[60] 同上, 页4。"Yama [在古印度教—佛教的宇宙观中] 始终是与正义联系在一起的。的确, *thamma* (*dharma*) 被认为是死神的另一称谓; 他乃是正义概念的化身。"

[61] Bouchet, "Letter on the Administration". 这些传说在其他地方亦有记载,但略有不同,可见之于 P. Ramachandra Rao, *Tales of Mariada Raman*, 21 *Amusing Stories* (London [?], 1902), 页5—10, 43—47; 引 (为 Rocher) 见上引书。

[62] 有关当代印度和东南亚法律的论著, 当然论涉很广泛, 尽管水平不等。有关印度方面, 见 J. D. M. Derrett, *Introduction to Modern Hindu Law* (Bombay, 1963), 以及他的 *Religion*, *Law and the State*; 有关泰国方面, 见 Engel, *Code and Custom and Law and Kingship*; 有关印度尼西亚, 见 D. S. Lev, "Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia," in Holt, *Culture and Politics*, 页246—318。缅甸和柬埔寨的资料极少, 但可见 Hooker, *Legal History*, 页150—52 (缅甸) 以及页166—68 (柬埔寨)。有关一般性评论, 见 M. B. Hooker, *Legal Pluralism*: *an Introduction to Colonial and Neo—Colonial Laws* (Oxford, 1975).

[63] Derrett, *Legal Systems*, p. 83.

[64] 习惯法运动的主要人物是以莱顿大学为主要中心的 Cornelis van Vollenhoven 和 B. ter Haar。前者通常被认为是该运动的创始人,尽管在他之前已有一些一般论述问世。(尤见其 *Het Adatrecht van Nederlandsche Indië*, 3 vols. [Leiden, 1918, 1931, 1933]) 又见 B. ter Haar

(*Adat Law in Indonesia*, trans. E. A. Hoebel and A. A. Schiller [New York, 1948])。关于根据地区而编辑成册的一系列 adat law 手册一般都是民法类型，它们都是在莱顿学派支持下的，当然也是由该学派把持的"Adat Law 委员会"出版的，见 *Adatrecht Bundels* (The Hague: 1910—55)。西方化的对立观点则比较散乱（也较少学术味），但是 I. A. Nederburgh, *Wet en Adat* (Batavia, 1896—98) 却提供了一个典范。有关一般性评论，见 M. B. Hooker, *Adat Law in Modern Indonesia* (Kuala Lumpur, 1978)。有关人类学方面的对习惯法观念的批评（源出于莱顿学派内部），见 J. P. B. de Josselin de Jong, "Customary Law, A Confusing Fiction," Koninklijke Vereeniging Indisch Instituut Mededeling, 80, Afd. Volkenkunde, no. 20, Amsterdam (1948)。

[65] 其他一些较为著名的范例，见 G. D. Willinck, *Het Rechtsleven der Minangkabau Maleirs* (Leiden, 1909); J. C. Vergouwen, *The Social Organization and Customary Law of the Toba Batak of North Sumatra*, trans. Scott-Kemball (The Hague, 1964); R. Soepomo, *Het Adatprivaatrecht van West-Java* (Batavia, 1933); M. M. Djojodigoeno and R. Tirtawinata, *Het Adatprivaatrecht van Middel-Java* (Batavia, 1940); V. E. Korn, *Het Adatrecht van Bali*. 2nd ed. (The Hague, 1932).

尽管 *adat* 源自阿拉伯语 (*ʿada*)，并且通常译为"命令"、"习惯"、"惯例"、"实践"等，但其词根 $^{c}-w-d$ 则有"回归"、"回来"、"再现"、"重归"、"重申"(*ʿaud* 意指"再") 的意思，它实际上更紧密地切合印度尼西亚的语义。在伊斯兰中部地区，代表习惯的最为普通的词不是 *ʿāda* 而是 *ʿurf*，源自词根 $^{c}-r-f$，意指"了解"、"知道"、"承认"和"熟悉"。

[66] ter Haar 在其 *Adat Law* 的 *beslissingsrecht* 的概念（大体上是指"法官造的"法或"判例"法）中发展出了一种稍具普通法性质的 adat law 理论（他甚至希望有法律汇编和案例摘要）；这不同于 van Vollenhoven 更为正统的手册方法，尽管这不同于平民主义的统治一制裁，但"行政管理主义"的观点从来没有得到强大的支持。关于 *Rechtsstaat* 的概念以"Negara Hukum"的名义在独立的印度尼西亚的延续，见 Lev, "Judi-

cial Institutions，" 页258。

[67] 关于最为充分、最具思考以及最站得住脚的战后讨论（只是在某些方面由于其有关村落生活，也许是城市知识分子对从未出现的“有机”社会的怀旧的乌托邦看法而受到损害），见 Moh. Koesnoe，*Introduction Into Indonesian Adat Law* (Nijmegen，1971)；同上，*Report Concerning a Research of Adat Law on the Islands of Bali and Lombok*，1971—73 (Nijmegen，1977)；同上，*Opstellen over Hedendaagse Adat，Adatrdcht，en Rechts Ontwikkeling van Indonesië* (Nijmegen，1977)；同上，*Musjawarah，Een Wijze van Volksbesluitvorming Volgens Adatrecht* (Nijmegen，1969)，关于其他有价值的讨论，具有将“东方之路”理想化的某种倾向以及某种程度上的反应性的种族中心主义，见 M. M. Djojodigoeno，*Wat is Recht?Over de Aard van het Recht als Sociaal Proces van Normeringen* (Nijmegen，1969)，在该书中，“规范制定”的社会学基础被明确地承认了；R. Soepoeno，*Kedudukan Adat Dikumudian Hari* (Plakata，1947)，在该书中，明确地考虑了 adat law 在一个可能会现代化的国家中的未来。对战后 adat law 研究的集中关注（另见 M. A. Jaspan，*The Redjang Village Tribunal* [Nijmegen，1968]；G. van den Steenhoven，*The Land of Karenda* [Nijmegen，1969]；H. W. J. Sonius，*Over Mr. Cornelis van Vollenhoven en het Adatrecht van Nederlands-Indië* [Nijmegen，1976]）与基督传教没有关系（虽然它可能与抵抗伊斯兰霸权有关），但它是兴趣驱动的结果，而这种兴趣来自莱顿，而且明显受到 Van den Steenhoven 的促动。

[68] 此处不包括 von Benda—Beckmann 的下述论述：“Adat 是一个象征性世界，据此，印度尼西亚群岛的岛民创造了他们的世界……*adat* 并不意指习惯……“*Property in Social Continuity*”，页113，114。在他的术语中，该词被“界定”为“传统、习惯、法律、道德、政治制度、法制”；这种定义除了“礼仪”和“仪式”之外都是关于其外延的。尽管有关下述程式的论述是我自己的，但我在这方面对这一著作依赖颇多（当然对 Koesnoe 的著作亦有颇多依赖，见上引注 [66]）。关于与我观点相似的“习

惯法”的一般论述，尤其是适用于东非的，见 Fallers，*Law Without Precedent*.

［69］ “… ‘Adat’adalah tatanan hidup rakjat Indonesia jang bersumber pada rasa susilanja.” Koesnoe，*Indonesian Adat Law*，p. A9.（我修改了英文译文一同上，页 A8—因为在我看来它太过松散，并且引进了诸如“伦理”的概念。我以为这种概念过于学究气而无法抓住其口语含义。）

［70］ 这些术语在“马来亚”各地的意义也不尽相同。上述所涉乃颇具有爪哇特性。有关其中一些术语的有意义的讨论，见 Koesnoe，“Over de Operationele Beginselen voor het Oplossen van Adatrechtsgeschillen”，载其 *Opstellen*，页39—80。

［71］ 将这些一般化的规范性观念误以为是具体的制度而没有把道德性观念误以为是这些具体的制度，有时促使学者们努力去根据“*adat* 法律原则”的某种理论对这些观念进行区分，进而确定其意义。有关较为现实的社会学讨论，见 R. R. Jay，*Javanese Villagers: Social Relations in Rural Modjokuto* (Cambridge，Mass. 1969)；and R. M. Koentjaraningrat，“Some Social—Anthropological Observations on Gotong Rojong Practices in Two Villages of Central Java”（Ithaca，1961）.

［72］ 有关这些问题的论著当然很浩瀚，就某一特定范例而言，见拙著 *The Religion of Java*（Glencoe，Ill.，1960），part 1.，页11—118。

［73］ A. H. Johns，ed. and trans.，*Rantjak Dilabueh：A Minangkabau Kaba，A Specimen of the Traditional Literature of Central Sumatra* (Ithaca，1958)，pp. 113—16. 我稍微修改了 Johns 的译文，以避免详细解释民族志的细节或避免描述整个叙事中的地点问题。关于成语、格言、其他约定俗成的说法、“格式演讲”等在 adat 裁决的中心作用，见（又关于 Minangkabau，不过这种现象是一般性的）von Benda-Beckmann，*Property in Social Continuity*，pp. 144—15，132—33。

［74］ 在独立的印度尼西亚最为突出的是借用的阿拉伯语 musjawarah，指“共同讨论”，“集体审议”（见 Koesnoe，*Musjawarah*），但它过于抽象和意识形态化了，而且其他词，如 *mupakat*（同样来自阿拉伯语，

但在更为深刻的层面上被吸收了)，“协议”，“协商一致”；*setuju*，“一个方向”；*setahu*，“一个头脑”；*bulat*，“一致”、“完美”；*rukun*，“和平调节”，以及大量当地方言术语(例如，见上引书，页9—15，关于 Sanak *begundum*，“thorough discussion”；von Benda-Beckmann，*Property in Social Continuity*，p. 193，关于 Minangkabau，*seizin*，“consent”) 在各地流行更广。

[75] von Benda-Beckmann，*Property in Social Continuity*，p. 115；原引自 M. Nasroen，*Dasar Filsafah Adat Minangkabau* (Jakarta，1957)，页56。在此，我又修改了译文，使其更符合英语中已有的成语。该诗取决于一个双关语 *bulek*：它在运用于水时意指“圆”、“旋转”、“绕道走”、“分配”的意思；在运用于话语时，指“一致同意”。Von Benda-Beckmann 的译文是：“水在竹管中流转/言辞 (决议) 通过 mupakat (一致决定) 而表达出来/水通过竹子流出/真理由人类发现 (沟通)。”(The water gets around in the bamboo-pipe/The words [decision] get round through the mupakat [the unanimous decision] /The water is led through the bamboo/truth is revealed [bridged] by man.) 原文是：*Bulek aie dek pambuluah/Bulek kato dek mupakat/Aie batitisan batuang/Bana batitisan urang.* 作为 *urang*，像一般的 Austronesian 名词一样，没有标明其数或性，它由此可被理解为“人们”或“人类”。

[76] 关于这两种范型 (并以采纳修正了的第二种范型为结果) 的杰出的批判讨论，见 J. L. Comoroff and S. Roberts，*Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (Chicago，1981)，页5—21。有关“规则核心”的范型的例子，见 L. Pospisil，*Kapauku Papuans and their Laws* (New Haven，1958)；有关“过程核心”的范型的例子，见 Malinowski，*Crime and Custom in a Savage Society.*

[77] Gilmore，*The Ages of American law*，pp，109—10.

[78] 同上，页110—11。Holmes 说，“整个法理学被化约成一种单一的令人恐怖的陈述”，Gilmore 说他对此只是做解释而已，见上引书，页9：“一种合理的法律的第一个要求便是，它应当符合有关共同体的实际情感

和需求，而不论这些情感与需求正确与否"，见O. W. Holmes，Jr，*The Common Law*，ed. M. de W. Howe（Cambridge，Mass，1963），页36。这一名言以为"情感与需求"的独立存在先于"法律"（而且"正确与否"乃是第三个可以被认为是独自存在的东西），因此"合理"与否就可以根据作为建构的后者符合于作为给定的前者的程度来加以衡量，而这一点似乎是Gilmore及其前辈都未曾注意到的。

[79] inter aila，M. B. Hooker，*Legal Pluralism*：*An Introduction to Colonial and Neo—colonial Laws*（Oxford，1975）；S. B. Burman and B. E. Harrel—Bond，eds.，*The Imposition of Law*（New York，1979）；M. Galanter，"The Modernization of Law，" in *Modernization*，ed. M. Weiner（New York，1966），pp. 153—65；同上，"The Displacement of Traditional Law in Modern India，" *Journal of Social Issuse* 24（1968）：65—91；同上，"Hinduism，Secularism and the Indian Judiciary，" *Philosophy East and West* 21（1971）：467—87；B. Cohn，"Some Notes on Law and Change in North India，" *Economic Development and Cultural Change* 8（1959）：79—93；R. S. Khare，"Indigenous Culture and Lawyer's Law in India，" *Comparative Studies in Society and History* 14（1972）：71—96；A. St. J. Hannigan，"The Imposition of Western Law Forms on Primitive Societies，" *Comparative Studies in Society and History* 4（1961—2）：1—9；V. Rose，"The Migration of the Common Law：India，" *Law Quarterly Review* 76（1960）：59—63；J. N. D. Anderson，"Conflict of Laws in Northern Nigeria，" *International and Comparative Law Quarterly* 8（1959）：44—56；M. Rheinstein，"Problems of Law in the New Nations of Africa，" in *Old Societies and New States*，ed. C. Geertz（New York，1963），pp. 220—46；A. Watson，*Legal Transplants*：*An Approach to Comparative Law*（Edinburgh，1974）；J. H. Beckstrom，"Transplantation of Legal Systems：An Early Report on the Reception of Western Laws in Ethiopia，" *American Journal of Comparative Law* 21（1973）：557—83；M. A. Jaspan，"In Quest of New Law：The Perplexity of Legal Syncretism in Indonesia，"

Comparative Studies in Society and History 7 (1964—65): 252—66; S. Hatanaka, "Conflict of Laws in a New Guinea Highlands Society," *Man* 8 (1973): 59—73; A. A. Schiller, "Conflict of Laws in Indonesia," *Far Eastern Quarterly* 2 (1942—43): 31—47.

[80] Hooker, *Legal Pluralism*, pp. 393—94. 自 1974年接管以后的情势极为模糊不清，除了当时所具有的大量军事法庭这一点以外。由大陆法系学者(他们曾有过辉煌的时刻)起草的民法典，具有3367条款规定，使其成了当今世界上最大的几部法典之一（见上引书，页399），当然，他们不愿意论证："法律折衷主义"只局限于第三世界或者它不具有很悠久的历史经验（参见 Watson，*Legal Transplants*)；他们只想论证它现下在那里具有着极为重要的意义，而且似乎愈来愈重要。我也不想指出它是病理学的，事实上，它是一般法律变迁过程的一部分。（"一个法律制度的历史在很大程度上乃是一个从其他法律制度汲取法律资源的历史……" R. Pound，引自 Watson，*Legal Transplants*，页22。）

[81] R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (Princeton, 1979)。有关规范与失范的讨论，见页11，315—22，332—33，357—65。一如 Rorty 所承认，这种区分源出于 Thomas Kuhn 对规范与革命科学的区分，见 T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2nd ed. (Chicago, 1970)；同上，*The Essential Tension* (Chicago, 1977).

[82] Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* p. 316. 我对标准与非标准术语的偏好，是因为我对规范与失范术语中的病理学意涵的不喜欢，亦是因为我对纯粹类型、截然两分的二元论以及绝对的比照的不喜欢。

[83] 同上，页11。

[84] 同上，页316。

[85] 同上，页318。

[86] 同上，页320。

[87] B. N. Cardozo, *The Growth of Law* (New Haven, 1924), p. 145.

[88] Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, p. 320. Rorty 把"阐释学"用于有关失范话语的规范话语之上（而将"认识论"用于有关规范话语的规范话语之上），实际其原本就并非很规范，而我本人也未完全准备好去接受这一观点。颇为标准的法律注释或人类学注释（或文学注释或神学注释……），在我看来也可以恰当地被称之为阐释，而且认识论（尽管我同意 Rorty 对之所具传统形式的反感）对于我而言，也并非阐释学之对立面，而仅仅是不同之物，如知识理论。一如我所见，这种术语上的吊诡就本文所论而言并不具任何特别的重要意义。有关解释于人类学中的意义之拙见，请参阅拙著"Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture," 载 *The Interpretation of Cultures*, 页3—30。

[89] 有关荷属东印度法律发展的一般描述，见 J. S. Furnivall, *Netherlands India: A Study of Plural Economy* (Cambridge, England, 1944); Supomo, *Sistim Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia II* (Jakarta, 1957); M. B. Hooker, *A Concise Legal History of Southeast Asia* (Oxford, 1978), 章7; Hooker, *Legal Pluralism*, 章5; M. B. Hooker, *Adat Law in Modern Indonesia* (Kuala Lumpur, 1978), 章4; D. Lev, "Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia," 载 *Culture and Politics in Indonesia*, ed. C. Holt (Ithaca, 1972), 页246—318。

[90] 就这一问题的简要的系统评论，见 E. A. Hoebel and A. A. Schiller, "Introduction," 载 ter Haar, *Adat Law*, 参见 J. H. A. Logemann, *Het Staatsrecht van Indonesië, Het Formeel System* (The Hague and Bandung, 1955), 页17—30。法院系统实际上要比此处的描述要复杂得多，尽管在殖民当局"直接"管理与"间接"管理区域存在着略有不同的安排。见 Hooker, *Legal Pluralism*, 页275—77。

[91] Lev, "Judicial Institutions," (on "the decline of law," pp. 257 ff., 316 ff.); 同上, *Islamic Courts in Indonesia*, Berkeley, 1972; 同上, "The Politics of Judicial Development in Indonesia," *Comparative Studies in Society and History* 8 (1964—65): 173—99. Lev 本人有时亦持如是观（例如，"Judicial Institutions," 页316—17; "Politics of Judicial

Development"，页189)：似乎政治冲突的强度和法律制度的社会影响力乃是一种反向关系，一者的增进同时会导致另一者的弱退。但是我以为，这只是因采纳西方法，尤其是英美法的各种共识论所致；Lev 将西方法或英美法表述为"非人格的"、"程式化的"而且是"一元的"，而非如西方或英美法律生活（当下或往昔的）各种严刻的事实所表现的那般。

[92] Lev，"Politics of Judicial Development"；"Judicial Institutions."

[93] Lev，*Islamic Courts*.

[94] 就共和国的习惯法而言，见 Jaspan，"In Quest of New Law." 此处的问题因下述事实而变得复杂了，第一，对"伊斯兰"的公开抨击在印度尼西亚多少是不可能的，因为它将自身界定为一种穆斯林社会、政体和人口，所以 adat 的法学论者所具有的强烈地反宗教法庭的情感不得不以某种间接的方式表达出来；第二，甚至最为轻率的西化者（资本主义者或共产主义者）或伊斯兰化者至少必须在口头上赞同 *adat* 和"印度尼西亚精神"；第三，在巴厘表现得很明显，而在爪哇许多其他地方表现得不明显，许多被认为是 *adat* 的东西，实际上于特性和渊源而言都是 Indic 的。"比你更可靠"的政治，在这样一种语境中能变得极为复杂和特别精细。

[95] 在1965年的大屠杀中，存在着一种反常的执法行为；当时大约有25万至75万印度尼西亚人为其同胞所杀害。在我13年之前曾经工作过的爪哇地区，军队将村里的老百姓召集到区首府广场，要求每人指出他们中间的"共产党人"，然后将一个村庄的被告发人分配给另一村的告发人，反之亦然，由他们带回家处以死刑。在苏哈托统治下，许多被指控的颠覆分子尽管逃脱了这种厄运，但仍有成千上万的人被关押在监狱之中。有关人权问题的法律活动，如主要由西方发明的正当程序以及以当事人为中心的辩护制，在印度尼西亚几乎没有，而且印度尼西亚也不愿去追求它们。最后，由于伊斯兰政治活动的普遍复兴，且受到伊朗"legists to power"革命的促动，宗教法庭裁判的作用已成为比以前更为明显的争议焦点。

[96] 这种观点自然是以一般的法律实证主义为特征的，但它似乎

对比较法的学者有特别的吸引力，因为这类学者面对法律由生活界定的这一特点而尤感不安："上述（对印度尼西亚法律多元化的讨论）趋向似乎同意这样的观点，即法律可被实用地认为其自身并不是一种终极的价值，而是实现其他价值（包括各种社会和政治目标）的一种手段。法律可被视为社会和政治价值的中介或工具，它自身未必包含有某种内在价值。显然，这一观点明确地区分了法律的工具价值和法律所服务的内含价值的目标。" Hooker，*Adat Law*，p. 7.

[97] 引自 A. Hourani，*The Emergence of the Modern Middle East* (Berkeley and Los Angeles，1981)，页97。

根特·弗兰肯伯格

批判性比较：重新思考比较法*

贺卫方　王文娟　译

本文将探讨比较法的目的，论述的焦点在于对比较研究的理论探究和基础的忽视是如何影响到各种比较方法的。我认为，由于比较法学相信一种容许将具有文化偏见的立场描述为“中立”的客观性，比较法的实践便与这门学科的更高原则与目标相背离。作为回应，本文将主张一种批判性比较方法，这种方法确认比较者个人见解是比较法研究中的一个核心的和决定性的因素。

Ⅰ．距离和差异

比较法[1]多少类似于旅行。旅行者和比较学者均被要求从日常事务中脱身出来，去适应未曾预料的场景，或许还要知道那些未知的事物。旅行提供了机会，使人们既能了解自己的国家与文化，又能了解其他的国家与文化。不过，漫游各地，饱览异域风光并不会自动地打开一种新的视野。通常的情况是，即使异

* 本文原载于《哈佛国际法杂志》第26卷（1985）。本书增订时，我根据英文原文对本文作了少量订正。——编者

国的游历也难以使游客摆脱日常生活，难以使她*的世界观得到更新。[2]作为奢侈性消费，旅游偶尔也能揭示新知得以产生的某些原始材料，而所谓“多国游”或“欧洲一周游”则充其量不过告诉游客她对于自己的国家或其他国家是怎样的所知无几。在旅游中，人们必须作出有意识的努力，以保持对于假设与确信的距离，后者将保护游客免受不同寻常的事物所带来的不确定性的干扰。在只是把外国的地方理解为类似或不似本国的时候，我们便不能够开始充分地欣赏它们或我们自己的景观。旅游时我们仿佛被蒙上了眼睛：游历的只是我们历史上的里程碑，它们可以增强信心、消除恐惧。只有对细节（包括差异性与异质性）的密切注意才能防止我们将外国事物与来自我们对自身世界秩序景观的想像等同起来。

比较法提供了同样的机会与风险。它可以成为一个学习、组织并亲近世界的机会。它邀请比较法学家去研究其他民族规范的行为与观念、它们关于一个秩序良好的社会的见解以及它们为建立和维持这样的秩序而设置的手段和制度。比较法研究的确可以激励学生们更多地了解并重新思考她们自身的文化以及法律教育。

事实上，比较法领域和大多数学者都要求学生们参与知识的探险。她们已经将法律学生与教师的“非地方主义化”（de-provincialization）和“交叉受益”（cross-fertilization）[3]以及一种“心灵的融汇”和本国与海外法律家之间更便利的合作[4]树立为比较法研究的目标。比较法的终极目标——改革和改善法律、推进正义并且使人类命运更美好[5]——要求比较法学者对现存

* 本文作者在文中所有涉及第三人称的地方，均以 she 代 he，以 her 代 his。为尊重作者原意，中译文也相应地以“她”代“他”。——译注

的法律制度、文化以及传统进行彻底的重新审视。这样的目标以对外国和本国的法律不断增多和深化的理解为前提条件，并要求改革法律教育，使之转向一种纯粹的学习经验（learning experience）——在那里，新知得到关注和赞赏，并被引入与坚定了旧知中信念的各种假定之间的对话。因此，得出这样的结论，即比较法研究要求我所谓的学习经验，[6]应当说是平实的见解。

学习本身要求人的认知立场发生转变。认知立场转变的基本先决条件是：（1）理解其假说，（2）不再将其自身的文化特征投射到他的学术关注对象之上，以及（3）放松个人立场，从而通过新知所赋予的优越地位，使得她不仅能够审视新知，而且对其固有假定中的真理成分予以审视。易言之，决定性的问题在于我们如何选择面临的信息以及我们在新知与固有知识之间设定怎样的关系。除非我们将欲知者与已知者相融合，将我们所知者与正在获悉者相协调，那么我们不过是积累信息而已。新的知识必须加以处理，即与旧有的知识融贯和整合，如此新知对我们方有意义。此外，我们所已知者还须与欲知者相衔接，只有这样后者才能发挥作用。融贯新旧知识的风险在于我们会将新知置于旧知硬梆梆的范畴之中，或者在于因为过分僵硬地看待新知，我们会抛弃旧知规范识见里所包含的稳定性因素和审慎见解，或者将新知旧知割裂开来，从而画地为牢，使我们无法从两方面获得教益。用隐喻的说法，新知与旧知进入了一场对话之中，它们各自的完整性、可靠性以及真实性都受到质疑和检验。学习并不要求我们变卖我们的旧知以就新知，或者只是增大我们储存的知识量，而是要重新审视并超越二者。

旧知与新知之间的对话，或者就本文而言，自我与他者的辩

证交流，在理论上说似乎无庸挑剔。不过，在实践中如何操作？我认为学习的辩证法至少需要两道工序才能防止旧的范畴与方法仅仅只是投射到现实世界上，又容许新知得到显现。这两道工序我称之为“拉开距离”和“辨析差异”。要明了我们是谁以及我们正在做的和想的究属何事就需要有距离。辨析差异则可看作是与人们恪守的信念以及确定的知识相决裂的尝试，又可以视为抗拒偏见与无知的力量的尝试。通过拉开距离，旧知可以得到重新审视，新知能够以其本来面目得到辨析。距离使我们的世界观偏离中心，我们因此得以确定什么可以称之为客观性。

但是，如果只有距离，那么它既不能打开我们的眼界，也无法使我们看得更清楚。只要外国的地方仅仅是看上去像或不像本国，只要外国的法律文化仅仅好像是非同寻常的或者是野蛮的，只要它们被作为同类物或不同类物予以对待，它们便无法表达自己。为了破除使我们以自身尺度衡量别人的无意识解读，同时又不放弃批判的益处，比较如同旅游一样必须在差异中进行。[7]通过辨析差异，我们不仅可以生发和训练对于多样性和异质性的敏锐意识，而且更重要的是，我们作出有意识的努力以确立主观性，也就是说，主体的影响、观察者的观点与经验，均被审慎地予以考虑。辨析差异对于所有尺度的中立性与普遍性提出了质疑；它拒绝这样的观念（该观念为许多比较法学家以及旅游者所坚持），即新的体验得以获取、分类以及比较的那些范畴和概念，无论如何是与那些以本身术语进行观察的人们的社会-文化环境不相干的。辨析差异的必要性在于它能够防止观察者-比较者将现存的（西方的）观念和概念的内容与一种普遍真理和逻辑的尺度相混淆。不过，由于同样的原因，对于主观性的确认威胁到任何观察、分析或比较的客观性。辨析差异可以因此而防止

旅游者-比较者只是依据安全和自我理解的语言看待世界，或者使用旧的概念、想像和经验衡量其他事物。

寻找距离和辨析差异要求比较学者去从事一项似乎是（但却并不是）自相矛盾的学术事业。这一事业开始于对理性主义假定的批评，该假定认为，如果我们只是依据一种中立的参照对象，如法律的观念、发展或功能，那么依循"我们的"西方（或者也可以是"他们的"东方）文化的认知模式所确定路线进行的比较便是客观的。这项事业进而又提出对于怀疑主义假定的批评，这种假定认为，由于比较法学者的视野完全是由特定的历史以及社会经验与观念所决定的，因而，客观的比较是不可能的。这种双重意义上的批评的比较法研究无法解决如何真实地或理性地理解其他民族的观念和活动这一持续不断的问题。然而，批判的比较却力图阐明通向涉及自我与他者之间辩证的学习经验的途径。

在本文中，我将阐述并使用对比较法研究的批判探讨所包含的理论和方法。我将开始于这样一个前提，比较本身便是一项社会活动，它力图理解社会活动，因而必须与其得以产生的社会背景与科学文化相分离。理解外国的（法律）文化和超越本国的（法律）文化的两难困境既不能通过"走向理性"，也不能通过"走向本土化"加以解决。依赖概念的、进化论式的功能普遍性的严格理性主义者倾向于只是给她的世界观和规范、她的语言以及偏见贴上一种不同的标签。最终，她从比较事业中能够带回本国的不过是些死的事实和活的错误，这正是种族中心主义的结果。那些天真地以为文化的包袱和认同可以任意地解除的严格相对主义者又倾向于在口技与玄秘之间摇摆。作为文化的口技表演者，她会在一种虚假的权威理解的外观之下重新制造

种族中心主义。作为一个文化上的移民，可能过分地与神秘的新方式发生认同，从而不能够或不愿意将旅行中以同情的眼光所看到的任何东西与她在本国所熟悉的事物相联系。

无论是普遍主义，还是相对主义，都倾向于再造自我与他者之间的二分；它们或者作出“坏的”抽象，或者根本没有抽象，就此而言都是非辩证的。无论如何，比较要以从既定的联系中进行一定的抽象为前提。不这样的话，便会出现中立参照对象或 tertium comparationis [比较的第三者] 的误导观念。接下来的问题是如何产生“良好的”，即非种族主义的抽象。为达到这个目的，我建议我们放弃将文化或法律视为一种其实在能够被把握、被完整地展现以及系统地分类的客体的观念，因为那些看来是“客观实在”的东西却是一团纷乱复杂的东西，其中比较者文化的、历史的以及个人的先人之见不可避免地影响到他领悟和比较的方式。这样，批判的比较便不再在新知与旧知之间进行二分，而是承认新知总是而且是不可避免地显示出旧知。为了超越旧秩序，为了理解新秩序中的不同与相似之处，对于比较者而言最重要的是，她必须意识到本国法律制度和模式对于比较研究所带来的限制。这就是为什么在本文中我集中批评比较法的论说而不是提出关于法律比较的一整套新理论。

Ⅱ. 认知控制中的灰姑娘

比较法论述中的三个特点展示了比较法学者在多大程度上把他们自己社会的法律观与社会生活观投射到他们的研究对象上面：(1) 比较法的理论与方法的边缘地位；(2) 比较法学者

对于自己被从主流法律研究排斥到边缘上的矛盾心理，以及(3) 比较研究的主导模式，即“认知控制”(cognitive control)。

(1) 比较法研究的理论与方法上的边缘地位应当在相当严格的意义上来理解。虽然出现过某些关于比较法的理论的或方法论方面的论著和专题文章，[8]但是，在从事比较的实际的和可能的动机以及关于某些困难方面，我们所能见到的的内容大多见于教科书的前言、序言、致谢以及导言之中。[9]人们认为，对于比较法来说，适当的理论导引既无必要，也没有被留心。比较法学者只是对下面这样的问题给予关心：为什么人们应当承担以比较的方式研究法律这一困难而复杂的课题?如果比较研究意味着对学生和法律职业者进行教育，它应当如何进行?什么可以成为(或在特定情况下已经是)比较法律分析的对象?通过比较不同社会的法律应当获得些什么?什么是“法律”以及当我们见到它时如何才能了解它?总之，一种直截了当比较的精神(以及依赖常识的含混的理论化的类似实践，还有或许是文化上的偏见) 流行其间。[10]

比较法学者们常常暗示或主张不存在不从事比较的理由；在比较法领域里，几乎任何探索和方法都有助于更好的或至少是更有教益的理解；任何东西，例如写在纸上的法律(law in the books)、具有实效的法律 (law in action)、法律的环境、条文、制度、文化、行为、思维习惯、历史根源、实践方案、一般功能以及发展等都是可以比较的。为了回避、限制或取代对理论和方法的严谨的讨论，比较法学者们常常依赖常识，并且断言(以由他们自己的谦卑而产生的不甚老练的威胁性姿态)对显而易见的东西不应争辩。所有对于比较的价值提出质疑的人总是针对它显而易见的目的和无庸置疑的必要性，针对它的多用性

和普遍性。这种技巧一方面求助于比较的诞生礼(birth-rite),据称比较及其目标从法律研究诞生之日起便是它的组成部分,[11]另一方面,又无视诞生礼以及历史的尊严,由于诉诸当今世界中比较的自然与必要的功能,它只尊重现在:[12]

> 在一个缩小了的并且相互依赖的地球上,律师与其委托人所关注的事务与外国法之间的联系日趋增多,美国法学院中对比较法研究的兴趣正是对这一趋势的回应。在西方,作为公、私部门里的职业阶层和领导者,法律家参与了对这个相互联系的世界进行持续的制度重构。现在,他们的相关联的世界既包括普通法,也包括大陆法……就一种充分的法律教育而言,对于其他民族的法律的熟悉已是不可缺少。[13]

比较法研究正是对于全球性的发展与相互依赖、法律的跨国性结构、或者对于强化了的经济、社会和军事关系的逻辑的回应。[14]它的作用是不言而喻的:

> 正如没有哪个人可以声称不假外人便能够博学多智一样,任何没有从对外国各种思想的研究中获益的法律制度都不能被视为先进的制度。[15]
>
> ············
>
> 比较法目前的效用可以从三个方面加以分析:它对于从历史和哲学的角度所进行的法律分析是有益的;它对于更好地理解和改善本国法律是重要的;它有助于推进不同国度人民之间的理解,并借此为创造一种有利于国际关系发展的环境而作出贡献。[16]

必须依靠这类矛盾的解释而进行的自我辩护是极费气力的,这

一点可以通过比较法训练至今依然没有被认为在法律教育与实践中具有头等的重要性这一事实而予以证明。在论著的边缘文字中，比较法学者们承认由于理论与方法方面研究的不足导致了这门学科的边缘地位以及十分明显的缺陷。[17]但是，到了论著中，她们却仍然过分地强调比较的效用。

(2)学者们经常抱怨被从法律学术的主流排挤到了边缘。这类抱怨表明了事情的真相，即不证自明的必要性和效用乃是学者们的一厢情愿，它们抑制却无法治愈由于被剥夺涉足重要学术领域的特权而导致的病痛。或许正是这种自我塑造的渴望性质使得比较法学家们把她们的学科描写成“法律科学里的灰姑娘”。[18]这种描述坦率承认了边缘化的现实，并且通过指出这门学科真正的“美丽”，许诺有朝一日将有一位王子把它从嫉妒而平庸的继母和姊妹那里解救出来，从而赋予它以尊严。从某种意义上说，比较法学家承认其他人对她缺乏兴趣只是证实了她自身的价值。

这样一番刻划表明比较法学家们已经形成了一种可以称之为“灰姑娘情结”的情绪。处于这种情绪影响之下的学者感到自己被她的同事和学生冷落和轻视，得不到应有的赏识。她甚至感受到学术共同体中的敌意、蔑视、偏见以及普遍存在的对比较法的缺少兴趣和支持。结果，她便会认定，这门学科低下的身份与关联将她置于这门职业等级系统的底层：

> 虽然它在法律领域获得了一个立足点，但其地位却毫无保障可言，比较法研究必须时常在充满敌意的气氛中、至多只能在一种漠不关心的冰冷的环境中进行……如同其他地方一样，英格兰的大多数法律实际工作者对于比较法心怀疑虑，他们对于比较法学家的态度可以用鲍恩爵士

(Lord Bowen）的一句谐趣的话来概括："法学家是指那种除了对本国法律一无所知，对各个国家的法律都知道一点的人"。[19]

> 大多数人认为它只不过是一种诱人的智力游戏，一种满足闲散的好奇心的机会而已。几乎所有涉及比较法的著作和课程都充分地证明了这一点。[20]

灰姑娘情结不能够仅仅作为职业偏执或（就此领域而言的）贱民偏执（pariah-noia）的表现而不予考虑。法律教师与学生们对此缺乏兴趣是真实的。即使如此可怜的比较法，仍然"有可能被从法学院中排挤出去。"严肃的法律比较研究过去从来没有得到奖赏，至今仍不受欢迎。[21]事实上，无论是以前还是今后，它似乎都很缺乏吸引力，并且很不值得去做：

> 通常，人们不可能期待一个忙碌的开业律师对于其他国家的法律制度给予很大关注。他主要关心的是熟练地掌握属于他职业对象事项的法律规则；在绝大多数情况下，对于从事一项从职业的角度看是极为艰难的、并且又无法证明有利可图的研究，他既无闲暇，又无兴趣。[22]

也许学生们会有兴趣学习更多的东西，超越一个人的法律教育以及经验的界限，开拓新的视野，但是，她们会发现这样的冒险负担沉重；在法律教师方面，虽然权衡起来她们感受到一种比较的视角可能是有用的，但却不愿意追求它。相反，她们强调那些紧张因素：超负荷的课程表、语言困难、逻辑方面的难题、文化障碍、地方观念以及难以克服的对外国法"神圣的无知"的传统。[23]在某种意义上，她们断言比较法学家的那些自

我辩护正可以作为不从事比较研究的理由。

某些比较法学家将灰姑娘情结简单地颠倒了一下。虽然不安定的渊源依然如故，但是现在却产生了全然相反的表现。她们避免使用失望的情调，转换了那种对某种高层次事物的自卑情绪。灰姑娘重新作为公主或危难时的恩人本人出现。比较法学家们不再自怨自艾，不再低声下气，而是昂首向前，她们忽然发现自己是真理的拥有者，是一种更高职业伦理的代表者。她们将比较说成是法学研究的坦途。弗洛伊德会将这种反应称为“反应形成”(reaction formation)：[24]在这种情况下，人们声称没有任何东西可以替代比较。

> 事实上，法学的所有方法都必须是比较的……
>
> 不再是地方性的经验必须接受理性的审查，并且由理性引导其发展，而就其本性而言乃是超地方性的理性也必须受到经验的检验。经验愈广泛，检验便愈有说服力。这样，法律科学必须越来越成为比较的科学。无论我们是在梦想着一种世界法，还是思考着我们自己法律的进一步发展，使它与目前和最近的将来的一般安全问题相适应，法学家的方法都必须有比较的基础。[25]

根据我们读到的或能够推想到的看，法律的比较研究是一种必须的东西 (a must)，或者至少是一种应当的东西 (an ought)。[26]在应当的王国以及不可抗拒的比较命令的王国里，如果不是所有的，至少是许多问题都迎刃而解。“将不同国家的法学家们相互隔绝的那些看不见摸不着却又明显存在的障碍”[27]神奇地转化为“我们的信仰与大陆法系大多数法律家的信仰之间根本性的亲密关系，这是一种建立在对法治和个人尊

严的共同信仰基础之上的亲密关系。”[28]语言问题、解释学的障碍和不同的假定、偏见以及政治幻想都不再存在或者似乎无关宏旨。人们对于“不加批判地将我们自己制度的内在基础所产生的一些前提输入到外国法律之中”[29]的告诫几乎充耳不闻。比较是如此关系重大，以致每个人都要从事它；尤其是，我们得到了这样的感觉，即作为一门独立的学科，它是不必要的，任何特殊的讨论都是片面的，如果不是多余的话。

(3) 假如对理论与方法的清晰讨论的总体性缺乏以及由于颠倒了灰姑娘情结而导致的道德化态度对于人们如何从事比较只具有极小影响或毫无影响的话，那么它们就只是比较法学家论说上的独特的然而却是无关紧要的特色。不过，我还是要指出，灰姑娘情结（无论是顺向的还是逆反的）及其成因（诸如缺乏自我批判性的理论和方法论上的指导）产生了一种比较模式，这种模式并非引向学习，而是引向认知控制（cognitive control）。认知控制的特征是形式主义的秩序化和标签化以及对于经常是从有限的资料中胡乱地收集来的信息所进行的种族主义解释。这些操作的基础是特定的（形式主义的）法律模式、战略性比较的机械论以及比较法学家对客观性的主张。

比较法的各种不同的研究都共同拥有一个核心的法律概念，据此，法律被当作一整套为了以中立和理性的方式保障和维护个人权利而设置和部署的制度、技术和规则。[30]人们认为，各种规则和准则、原则和戒律、判决和学说构成了一种连贯的法律体系。这种体系的基本结构依据“权利”与“义务”而加以讨论。通过寻求理性的论证，比较法学家期望将这种基本结构精心阐述为一个“体系”，[31]并由此从契约化细胞（contractualist cell）中推导出所有可能的法律领域的最为合理的体系。形式

主义[32]倡导一种狭窄的法律概念，从比较的角度观察，这种概念受到了本国法律文化的启发，然后又被投射到其他历史与社会背景中是或像是或者可以被当作法律的东西。尽管类比以及某种程度上的概括可以推进学习，但是我并不确信将有关材料强行归入有控制的认知范畴，例如将法律文化进行二分式划分、使法律处在与现实相对应的位置上以及将比较法学家置于客观观察者的地位上等等，能够保证或许诺真正的学习。

二分法通过容纳两种相对的名词（诸如大陆法/普通法的二分）所代表的或此或彼的两极范畴而对对象加以估量和比较，这种对立的两极构成了"相关的"法律世界。[33]这种二分法暗示着较少关联乃至毫无关联的世界以及法律的或非法律的世界的存在。这种二分法可以与在具有一种"共同核心"[34]的各种文化中的法律和"在全然不同的文化中"[35]的法律之间所进行的二分相联系。这第二种二分法在一定程度上又与西方的/东方的二分法以及成熟的/不成熟的、发达的/发展中的、现代的/原始的、原生的/派生的等二分法[36]相迭合。诸如此类的二分法将复杂事物过分简单化，并且几乎总是将西方法律文化置于某种未曾言明的规范化等级的顶端。这种自封的等级体系威胁到了比较法学家们对于非种族中心主义的和不偏不倚的研究的主张。或许正是由于对明显偏见的恐惧促使她们引入了看来不那么十足霸权主义的系统化。她们谈论着"集团"和"法律家族"，诸如罗曼-日耳曼法家族、普通法家族以及社会主义法家族，谈论着"伟大的文化家族"和法圈（Rechtskreise）。[37]十分有趣的是，对世界的系统化排列总是要给其他一些法律体系留下位置，[38]这些体系或者拒绝西方的法律观念，或者具有不同的起源、传统、意识形态或类型特征。一旦这些体系不能适应比较法学家们编

定的秩序，它们就被放逐到一种残余的范畴之中去。

这类比较所显示的相似性乃是比较法学家们自身文化中法律概念的范畴的忠实反映。含糊不清的东西被硬性地加以限定，或被削足适履式地适应比较法学家的模式；这样，“本国的”法律便被定位成自然的、规范的、标准的法律，并且只通过它们本身的因素而加以批判地理解。比较法学家的法律概念的权威以及无处不在的特征只能允许进行战略的比较。比较法学家总是回到原初的和预先已经存在的法律概念，这种概念从来不会导致新概念从优势地位对它所进行的批判。外国法被想像为相似的或不同的、派生的或原生的。[39]战略比较确认了“资本主义的”法与“社会主义的”法之间的对抗；它将现代法（例如普通法）理想化为成熟的和更具合理性的体系，并且以自身的体系和结构对于在学术旅行中所发现的事物——诸如“原始的”或“外国的”法律等——进行评价。因此，它只是证实已经存在的差异，但却并不体验和赞赏含混与异质性。

获得认知控制涉及的经常不只是法律的形式主义模式化以及法律世界系统的秩序化；另一个关键因素是使法律与外部现实相对立。目前得到了社会实证主义[40]支持的法律形式主义产生并揭示那些起到界线与基石作用的种种区别。这些区别从外部对法律加以限定，从内部对它予以构造。它们以可以交换的理解形式对法律加以铸造，从而便于比较。最早的区别体系把法律组织为：写在纸上的法律与具有实效的法律；死的法律与活的法律；法律的规范性与法律的事实性（facticity）。[41]

这种种区别的背后是法律首先并且首要是作为书面本文（written text）而存在的观念，它们包括制定法、法院判决以及学者的见解。这些本文及其规范化指令具有或不具有操作性实

效。为了能够发现、比较和估价这类实效，比较法学家必须在本文和它们的适用之间来回摸索。尽管这种程序确实比单纯的法律语言学（尤其是在比较的维度内）要来得复杂，但是法律却是被置于“不在其中”的境地。它可以被作为本文——由法律官吏及国民写出和实施——而予以非常实在的把握。这样，作为一系列不相连贯的法律事件的法律便获得了自身的生命。它能够被从其社会-经济“环境”和政治-文化“环境”中分离出来，它们之间据称存在着互动的因果关系。尽管法律现象与社会生活的其他领域具有相当程度的互相依赖，但是从分析的角度说，它却孤立于（以后又附加于）社会的非法律实在及其各种子系统(sub-systems)。法律的这种隔离容许将法律置于社会的真空状态之中，容许将它类型化为一只棱镜，据称法学家可以通过它而观察现实，并对政治意识形态予以检测和规范地批判。

将法律界定为社会现实的添加物，而不是（如我将在稍后提出的）其构成因素确认了法律本文对于社会经验的支配地位，并且使得对法律意识形态以及渗透到社会生活之中的仪式的分析变得十分困难，如果不是不可能的话。有人或许认为，将法律置于与社会生活相对立的状态会使比较法学者获得一种学习所需要的距离。不过，形态主义-实证主义的立场表明的只是被动的空间，而非批判地审视所要求的距离。事实上，人们是将“社会”和“法律”及其二者的分离作为已知的事物“填充到”这种被动的空间之中。它们是“客观事实”，比较中的此类前提不能被质疑、阐述或修正。

把比较法学家定位为纯粹的观察者、客观的分析者以及无利害关系的估价者是认知控制的最后的技巧。我们可以辨析出若干这样的姿态和策略，它们将比较法学家从主观反应中豁免

出来，并且抵销种族中心主义的偏见与狂妄以及政治利益与幻想的有害效果。最含蓄的是拒绝承认比较法学家的私见会与他的研究工作发生关系甚至玷污她的研究成果。比较者纯粹是作为哲学家、历史学家、社会学家或法学家而进入研究领域的；她的任务只是去搜集有关事项，对法律加以系统化、发展或统一，以及（或者）推进合理的变革。探索普遍的历史和法律的发展，探索法律的一般原则或普遍功能，探索一种普遍的语言或一种共同的起源、类型以及核心，凡此将比较法学家置于——我们可以这样来推论或读解——一种想像中的价值无涉王国之中。[42]对于普遍性的主张禁止了对于她的动机的纯粹性、她的方法的客观性或者她的成果的正确性的质疑。

尽管如此，假如得出结论说比较法学家的研究并没有表现出对于偏见和种族中心主义问题的意识却是草率的。主观的私见确实为人们所承认。但是，比较法学家们已经设计了若干方法使它客观化。她们乞灵于正当的职业伦理，[43]将纯粹的比较与评价区分开来。[44]她们呼唤一种客观化的方法论探讨，[45]或者相信国际间的协作会克服民族偏见。[46]她们谨慎地提出了比较理性规则，认为如果每一个比较法学者都能遵循它们，主观性便会得到控制。[47]

对于比较法研究来说，这些假定和态度似乎是十分常识性的，甚至是基本的。的确，对于在比较中不带偏见的态度和适度自我约束的重要性提出质疑，[48]或者对于哲学家关于理性思考的主张以及分离的经验研究或客观的分析[49]加以反驳，这些行为都仿佛是与假想对手的厮杀。不过，它们的重要性却掩盖了由于它们所有的过于轻易的诉求所引出的风险。在良好的意向和客观性的意愿的幌子底下，这些朴素的建议天真地以为私心与

偏见能够在不费理论上艰辛探求的情况下而被超越。压抑情感以及竭力避免价值判断并不能使比较者成为一个非种族中心主义的中立国度的居民，因为这样的国度压根儿不存在。相反，虚构的中立稳固了比较者固有观点的影响与权威，培育了比较法学者据以运用其自我设定的二分、区别以及系统化等的良好意识。客观的姿态容许比较法学家在运用能够显示其中立立场的天平和量尺，却隐瞒称量者参与选择标尺单位与衡量对象的情况下，表达并阐述他固有的假定以及他在一种科学逻辑中所观察到的事物。这种价值无涉的精神气质掩盖了语言、私见和经验（甚至比较法学家们也承认它们是以文化为基础的）如何有助于比较这一问题。

结果，比较不是结构开放的和走向无限的，不是自我批判的和自我反省的，而是一种直接获得（getting it straight）的方法——这里要获得之物即是对不同法律文化、传统、制度、家族、类型、起源、解纷方式以及观念之间相似与不似之处的“真实的”叙述。“直接获得”可以解释成为对一种难以名状的题材以及对于适当地选择、分析和估价浩繁的比较材料方面所遇难题的实践性回应。控制本身在学术研究或其他方面一样有其优点。但是，受到灰姑娘情结折磨的比较法学家可能不理解这种研究的简约能否确实地履行一种学习经验的承诺，以及它能否激发那些认真地看待这种承诺的人们的热情。

Ⅲ．比较方法论评述

虽然存在着民族中心主义、认知控制的偏见以及灰姑娘情

结，比较法却具有令人敬重的学术传统。早先，比较法学家们寻求构造神圣的或至少是理想的法律秩序。后来，她们思考着自然法和理性法。现代的比较法学家们则对于最适当的法律体系加以构想，或至少为组织化社会中所产生的问题和冲突提供尽可能好的法律方案而进行了尝试。比较法学家们以不同的精神从事她们的事业，从高尚的人道主义，到直率的工具主义。她们已经作为哲学家和史学家、法律家和社会工程师，有些甚至还作为社会科学家对于法律进行了比较。由于课题本身的庞杂多样，试图对比较法的历史与现状作一番详尽的描绘是注定要失败的。任何描述比较法研究的“真实历史”的企图都必须以剧烈地降低各种因素所导致的复杂性为前提，而且不可避免地要求助于直接获得的技术。因此，我不能够写出比较法的过去与现状的全部、真实和唯一的历史，也不能重新赋予那些我已定性为必然是歪曲的和有限的图像以权威。我所要做的是在我的知识范围内，写出一份尚未被人们写出的可能的历史。

本节将集中讨论法律比较的方法以及它们如何与有关比较法的论说中所确立的目标相联系。为了获得与官方叙述之间的距离并辨析它们的特征（即在一个特定时期内人们对于比较法的概念和目的所持的普遍观点），[50]我将把它们凝固到一些理想类型或范式（paradigms）之中。为了获得差异，我将试图在每一种范式之内阐述比较法学家对于一种具体文化以及法律职业的分享和参与是如何影响到他的观察的。如果有必要，我将辨析学者本人的观点被拒绝的那些机制。这些范式将述说一个关于法律比较的方式与手段以及它们如何与论说中所确立的目标相联系的可能的历史。

比较法占主导地位的范式是：[51]

（1）**百科全书式比较**是对所有的民族、地域和时代的法律的比较描绘。它最初由莱布尼茨在对一座“世界法律舞台”(Theatrum legale mundi)[52]的构想中提出，后来被一些学者尤其是威格摩尔[53]以及更晚近的《国际比较法百科全书》[54]付诸学术化的实践。

（2）**建设性比较**是应用于比较法的唯一一种开放的规定性方法（Prescriptive approach）。从亚里士多德对于理想宪制（建立在对希腊各城邦宪法的比较的基础上）的理性思考，到孟德斯鸠的《论法的精神》[55]，直到更晚近的通过比较立法而统一、改善国际法律秩序并使之现代化的努力，[56]均属建设性比较。

（3）**比较的历史重构**是法律民族学[57]和具有更强哲学导向的历史法学派[58]的事业。它们的目标是通过探讨现代法律的制度、形式和范畴而揭示法律的进化原则，是对法律多元主义进行详细的阐述，或者去发现能够满足人类社会发展特定阶段的文化所要求的“正当的法律”。

（4）**并列附加法**（Juxtaposition-plus），大多数教科书作者都倾向于使用的这种比较方法，严格地说，并不是一种范式或一种理想类型，因为它只是从比较法的其他方法中汲取某些东西或将它们简化而已。并列附加法将在下文中加以讨论和批判。

（5）**比较的功能主义**，这种现代的范式声称已经解决了为比较设立一种中立的参照的问题。它集中研究解决社会冲突的法律手段。在下文中也要对此加以讨论和批判。

上述五种范式可以根据它们的哲学的、历史的、教条的以及社会学的（功能主义的）内容予以分类［见下表］。哲学家型的比较法学者一方面依赖书本上的法律，同时又把理想的国家、宪法和社会概念化。历史学家类型的比较法学者通过对法律关

一般理论取向

	哲学的	分析的/教条的	历史的	社会学的
法律的理论	（自然）法的理想体系；法律是普遍的理性	作为一种条理连贯的规则体系的法律	作为民族精神的实现或生存本能的法律	作为对社会需求的一种回应和变革社会工具的法律
比较的方法	理想式构造；比较立法	比较不同体系的规则，并制定一般原则或修正学说	回顾历史以揭示今天的法律原则	功能主义的分析（类似的问题与等值的解决方案相对应）
目标	理想国：正义的普遍原则；理性的立法科学	法律的国际化；适用于所有情况的规则	普遍的法律史/法学；法律的实践性完善	使法律合理化；社会的合法变革
学术称号/流派	哲学：精致的法学；应用的比较法	分析的/实践的法学	法律民族学/历史法学	功能主义；法律与发展
法律的政治学	理念主义或人道主义；改革论	实证主义/功利主义	进化论/社会达尔文主义	社会工程；现代化

系与法律制度的关注而发掘法律的自然的或普遍的历史是如何随着时间的推移而演进的。哲学范式与历史范式二者都代表着雄心勃勃的事业：如何去构想良好的社会生活，无论这种生活是作为一种抽象的理念，还是作为社会发展的必然产物。就它们进行建构或重构的努力都是以对人性具有一种先存观念为基础这一点而言，两种范式的中心点是同一的。两种范式均要使用令人想起普罗克拉斯提斯的床（Procrustes' Bed）的方式进行工作：形形色色的现象，不管适合与否，都被强制性地放到一张统一的床上，由神圣的、自然的或逻辑的事物秩序加以衡量。与此相反，教条型的比较法学家追求的是一种不那么宏大的目标。她将每种社会的法律作为一种（潜在地）相互连贯的规则体系，并且试图通过交叉的文化比较而弥补缺陷，或改变国内法的不一致之处。与之类似，功能主义者抛弃了关于法律应该是什么的所有形而上学观念，并且从理性的思考或推论转向自然科学、制度理论以及社会学。[59]功能取代了理想类型与原型、神圣的天命、人类的理性与本性，成为调整法律王国的普遍原则。

在探讨比较法分析变化着的风格的过程中，我们可以觉察到理性的变形和危机，这种变形与功能危机在功能主义的工具理性中达到了高峰。[60]人类理性——当它一旦满足和创造了一种表面上完全规范化的人类生活景观时，它便在哲学上战胜了神的权威——本身也逐渐被视为空洞无力的东西。但是，这方面的著述似乎只是简单地接受它的逻辑，而不是用另一种规范的景观取而代之。本节余下的篇幅将详细地阐述这些比较法的研究方法，眼下这类方法标志着一种长期历史经验的终结，并且主张从理念的沉思转向实证的分析，从宏图大志转向一种据称是有节制的法律科学——并列附加法和比较功能主义。

A. 并列-附加法

比较法教科书许诺富于成效的旅行——风景的变化、从本国的法律特征和法律语言中解脱出来的时机以及一种得以审视、重新评价以及重新构想我们的法律教育和我们的法律世界的优越地位。教科书邀请学生对取自各种文化法律背景中的素材进行思考和比较,并将这些素材与学生们已经掌握的有关"她们的"固有法律知识相联系。大多数比较法教科书(文章也是如此)的作者们似乎都很不愿意与法律教育及其以案例、制定法和学说为中心的传统相背离。事实上,她们对教条式比较的选择强调了法律的实在可以在各种法律本文中加以把握的概念。她们的方法可以称为并列附加法:"并列"指的是将从案例、制定法以及学理著作中摘录的内容加以列举,[61]"附加"则是各种解释性的或说明性的附属物,它们包括简略的导论性说明、对历史背景或制度内容的描述性勾勒以及对相同与差异的更详细的分析。[62]并列附加法有时意味着对本国法律和其中内在的外国因素更深入的了解,有时意味着展现外国的法律见解,有时又意味着对国际法或法律冲突的进一步洞察,这取决于作者的选择和意图。[63]看起来并列附加法具有相当谦逊的比较方法所具有的优点,它清楚地描绘"事实",并抑制价值性评断,这样便容许学生们对于旧的和新的法律的形态进行独立的思考。

如果我们更仔细地观察并列附加法的路径,便可以辨别出一种较之我们最初想像者更少客观与开放的模式。首先,比较法学家选择历史的或国别的内容(各种法律体系、法律史的各时期或法律的各领域等等),这种内容构成并限定了比较的领域和对

象。这似乎是必然的和十分常识性的，因为没有任何人可以对法律世界的所有东西均予以比较。然而，教科书的作者们普遍而且毫无保留地设想法律文化是那种其实在可以通过本文与摘要而予以充分把握的事物。此外，他们又进一步设想法律是一种条理连贯的规则体系，它具有清晰的内部结构（“契约”、“侵权行为”、“刑事法律”等等）和外部边界（“法律制度”/“文化”）。因而，几乎任何东西均可比较；普通法、大陆法和苏联法，土耳其与美国的侵权行为法，墨西哥、联邦德国以及阿拉伯联合酋长国的联邦行政体制，如此等等。毫不奇怪，哪些内容被选来比较，取决于作者的研究领域、专长范围以及对法律与比较的先入之见。然而，值得奇怪的是，比较法学家们对于她们依据什么样的标准选择材料却极少感到值得重视。通常，“相关法律体系”或“主要法律传统”被声称是研究的正统对象。[64]典型的作法是，法国与西德代表大陆法世界，美国与英格兰代表普通法世界，其他法律体系则经常为了比照的目的而被置于其中。

哪些法律本文被选择用来代表一种体系或文化，这仍旧取决于作者的筛选、方法以及潜在的理论。并列附加法的主要变种与组合可以划分为：(1)制度研究法，它以一般特征和抽象概念为起点，或以一种“实在的”或理想类型的法律体系的制度性底层结构为起点。它旨在辨析在一个相关范围内，法律的其他子系统(subsystems)或领域之间的相似与差异。[65](2)更为普遍的是具有一种“描述的事实性焦点”的决疑研究法。[66]为了描述冲突如何得以合法地解决的技术，作者选出案例，它们是随意地选自不同的法律文化和时代的。(3)与决疑方法相关联的是专题研究法，它的焦点集中于使用交叉文化标准选择的社会-法律问题，并且主张把握“具有实效的法律”。[67]

然后，经过筛选的材料被依次加以排列。从一个制度性的角度，比较的对象被依据其相似性而分类，归入不同的“家族”、“类型”或“传统”之中。在一个较低的抽象层次上，决疑者们排列各种法律答案和具体事实境况，这样便鲁莽地跨越了时间与空间——尤其是当她们离开了大陆法/普通法世界的时候。[68]专题研究法允诺通过强调不同地方——如博茨瓦纳、中华人民共和国、埃及和加利福尼亚（代表西方）——面临问题的普遍性，从而克服项目选择上的偶然性。[69]因而，并列传递了这样的信息，即法律问题以及解纷方案是普遍的和循环显现的。

下一步是对于材料所进行的一次透彻的比较处理。这要求对比较的标准和中立的参照物（tertium comparationis，比较的第三者）的某些评论。教科书的作者们极少有人迈出这一步。更常见的情况是，她们将其事业仅限于树立平行的廊柱（或章节）或列举类似的案例，并辅之以比较的评论。她们放弃了用于比较的逻辑的和中立的参照物。本国的法律制度、法律文化或法律经验取而代之成为比较的基础，并且为比较提供了概念框架。例如，在比较宪法方面，将美国经验作为比较中的评价尺度便很有诱惑力。[70]普通法法律家当然要观察大陆法，反之亦然。[71]

一个人将他所习惯的和熟知的法律作为出发点似乎是无可指摘的；确实，完全无视它是绝不可能的。然而，关键的问题在于本国的法律以及法律经验怎样被引入，其他国家的法律与经验如何加以选择。通常的比较都是将本国法律的根基作为出发点，同时也是终结点。当学生接触外国法律制度、不同的观点以及新观念之前，她固有的“体系”已经被摆到了权威的、有力的、基本的和自然的位置上，也成为衡量其他体系的尺度：

> 今天，存在着对于整个世界具有广泛影响的两组法律体系，它们都起源于欧洲。一组是大陆法，另一组是普通法……除此之外，还存着其他法律体系，诸如伊斯兰法、印度法、中国法以及其他发展于大陆法与普通法范围之外的法律体系。[72]

比较法学家固有的“体系”从来不会被放弃或依据新知而予以批判性的揭示。就认识到新体系是“全然不同的”或对抗性的（如社会主义法）这一点而言，新“体系”反衬出比较者的固有的体系，并且最终是处在认知控制之中的——另外也证实了在完成一种以批判意图为前提的论说过程中，比较者固有体系的非批判的优先地位。比较法学者以战略的姿态旅行，总是回归到无处不在的和理想化的本国体系：[73]其他社会或法律体系“尚不”发达，不过可以依据它们的方式而加以考虑。印度尼西亚已经有了“走向一种统一法律体系的进步”，但是问题依旧存在。初民法律（primitive law）是相当“不重形式的”。可以借鉴西方法律的某些合理形式。大陆法“更趋僵硬”（这有其优点），但是，灵活性——尽管它要付出代价——却有助于法院解决实际问题。“挪威最高法院的实践或许最接近美国最高法院，”相反，“丹麦最高法院的司法意见却非常简洁，难以揭示该法院的推理。”“在法国，辩护人总是律师，”“德国通常也是如此，但并非没有例外。”

作为教条法学的一种方法，并列附加法比较不同法律体系的法律规则、制定法以及理论，目的在于确定或至少指示法律的一般原则和概念、共同核心或恒久不变的东西。法律在解决社会生活中的那些看来是普遍的和不断出现的问题方面具有不言而喻的适当性，这种适当性暴露和强调的不仅仅是比较法学

家本国的观点是如何被前提化和特权化，而且尤其是——就我们这里所考虑的美国、英国、德国和法国的研究而言——它们的法律观念本身是如何被特权化的。我们或许可以将这种现象称为论说中的法律中心主义(legocentrism)：在一种公开申明的对法律观念进行重新估价和重新构想的尝试中，却不断地重新肯定某种中心的法律观念。法学家们很少能获得一个法律之外的天地去思考这类问题中的某一个究竟何时得到解决，法律本文再补之以导论性的或结论性的比较评论，便包含了解决方案的全部成分。这样的信息对于普通法法系和大陆法系的法律家来说均可谓耳熟能详。通过一种据称是客观的方法，她们的法律概念得以流行，正如法条主义（legalism）和英-欧中心主义（Anglo-Eurocentrism）的情况一样。[74]

当只是对事实加以描述——以系统的、决疑式的或主题式的方式——的时候，确立主观性的需要大抵是不存在的。但是，并列附加法却是一种并不像多数作者想像的那般超然的方法。的确，一些人令人耳目一新地提出了正当的启示：

> 从编辑者研究兴趣中产生的对象选择是武断的。[75]

> 如果一个人是在进行列举前提的科学试验，他便能够很好地选择其他一个和多个国家。的确，我们曾经考虑过将印度和意大利包括在本书中。但是，如果目的是如本书这样，在对多国情况进行研究的基础上，描述司法在制定公共政策方面涉及到的复杂问题，那么，我们这里挑选的六个国家将会胜任愉快。[76]

其他的比较法学家（事实上是大多数）却不那么坦率，她们通过承认逻辑描述中的僵硬而掩饰她们武断的选择。对于已

确定的理解或大量教学经验的参考、客观的说教式关心都被用来作为否定作者的私见和观点存在的技巧。为了了解那些对于比较法学家的研究和写作起到过指导作用的个人经历中的偶然因素、具体学习（和职业）兴趣或技术方面的限制，人们只需阅读那些边缘文字——前言、致谢、导论等——便可以了。[77]知识的学术研究成果大抵上取决于偶然的因素而非科学的逻辑，这实在是稀松平常的道理。导致一般学术论著（教条式比较尤甚）含混暧昧的并不是这类偶然性，而是它向必然性的转化。

B. 比较功能主义

比较法律功能主义[78]通常被视为，同时在本文中我也将其批判为社会功能主义[79]模糊的翻版。虽然它们分享着某些基本的理论假定，但是方法论的路径却很不一样。它们都假定体系是现实存在的，并且它们具有一种环境，在此环境中，它们结构得以调整，功能得以关联。功能主义作为一种社会学理论，力图解决或者说极大地减少了随意解释所导致的问题。严谨的功能主义者至少声称，她们只进行一种前提性验证，以便揭示问题与解决问题方法间的关系，而不是直接从特定的结果，也就是说，法律原则的变化，或者特定的原因中进行直接地推断。在这种前提性分析的层面上，上述问题与解决方案之间的关系往往被简化并归结为一个或数个可能的功能。认定问题与解决问题方法间关系的目的在于引导对于其他可能性或“功能等值物”(functional equivalents)的探索。不管这种理论战略的分析性成果如何，对于比较研究来说它看来至少具有两个重要的优势：它容许研究者用一种理论控制了的方法降低问题复杂性；就

其特质与设置而言，它必须是比较的。功能主义者将其分析性论述视为假定与实在世界相关而非实在世界本身的论述，在这一限制之下，她的比较方法许诺“良好的”抽象和对一种复杂事物的洞察。

比较功能主义者（他们精通社会学，谨慎地对待那些孤立的死文字，但是比起她们的社会学同行来，还是显出了过多的随意性）从两个基本要素分析活的法律：写在纸上的法律和具有实效的法律。法律条文及法律制度代表了对于一个组织化的社会中所产生的生活问题的解决方法，从整体上说，法律体系及其规范回应着社会需要或（组织化的）利益。社会构成了法律环境，法律则概念化为整个社会体系中的一个子系统。从广义上讲社会生活决定法律，法律也影响着社会的发展。比较功能主义更为严格的（和谨慎的）观点，比如因“法律与发展”运动而盛行的观点，把法律与社会概念化成为互相依赖却又彼此分离的实体。[80]

通常，功能主义者的比较研究是从一个问题或者是一种感觉开始的，例如她们对于国内法律制度中对于产品责任的调整方式心存不满。她们直觉其他法律体系可能设置了更好的方式，便激发了比较。在比较对象，比较范围的确定，比较法律体系的创制，研究结果价值的评估上，功能性是最主要的方法论原则。当然，如何认定具有可比功能的不同文化的法律解决方案是困难的。

为了使比较成为可能，功能主义者必须分析“法律”是什么或“相同的功能”可能是什么。严格的功能主义分析至少要承认这一两难困境，然后对于不同社会解决特定社会冲突所使用的各类可能的文化手段进行实验。只有这时才能对于“法

律”、“法律体系”和“类似功能”作出附有前提的论述。比较功能主义者们往往无视他们的理论战略的这一根本问题，并且典型的做法是提出两个虚假的解决方案。第一是一个先定的“法律体系”的概念，第二是放之四海而皆准的对于法律本质的假设：“这个命题是建立在每一个比较法学者的认识之上的，即每个社会的法律体系实质上都面临着同样的问题，但是却使用极为不同的手段解决这些问题，虽然最终结果是相同的。”[81]这一回答揭示了功能主义第一个先验的阶段——从困惑、混乱的现实转向一个清晰、完善的旨在理解的理论框架，即不管法律的解决方法如何，问题的一致必然导致结果的相应一致。如果功能的一致性无法认定，近似的功能也可以。功能主义者所寻求的正是这种主要方面的近似和细节上的无差别。[82]这样一种幻想又得到了这样一种假设的支持，即所有的实际解决结果是类似的：

> 作为一项工作规则它是极有用处的，其效用表现在两个方面。在研究开始时，它可以作为一项启发性原则——它告诉我们从哪个角度去观察外国法律体系中的法律和法律生活，以发现类似之处和可替代之处。在研究结束时，这一假设又可以作为检验我们的研究结果的尺度：如果比较者通过对所有相关资料的研究得出这样的结论，即他所比较的法律体系所达到的实践结果是相同或类似的，那么他可以感到满意，如果他发现了极大的不同，或截然相反的结果，他便应当留心，并回过头去悉心检查，他提出最初的问题的条件是否真正是功能的，以及他们的研究范围是否足够宽广。[83]

把这一类似性假设运用于研究中，即使对立法律体系之间

的所有根本的差别，也必将被排除在外。只有对履行相同功能的法律进行比较才是有价值的。有人可能会争辩道，对比较范围的这种限制如果不是逻辑的，那也是常识性的，因为人们只能就可比较的事物进行比较。然而这一争辩是以假定人们明确什么是相同，什么是不同为前提的。此外，比较功能主义者又含蓄地降低了功能主义方法能够把握现实世界中发生的所有可能性的主张。因此我们可以得出结论：她所要寻求的主要是那些按照国内法的分类和解释模式组织的问题在外国法中的不同解决方法。

不仅如此，对法律进行上述比较研究时还须排除那些“带有强烈的政治或道德性的观念和价值”的领域。这样，功能主义者便将法律降低为一种解决冲突的刻板技术，抛却了它的政治与道德基础，同时又试图应付这样一个问题：在社会与经济状态的相关方面明显类似的情况下，何以会产生实际上根本不同的法律解决方法。比较功能主义者把这种分析研究赞美为对复杂性的必要简化。但是这也可以被解释为逃避功能主义信条的复杂含义的又一次徒劳尝试。无论她相信社会问题决定法律，还是法律（共同）决定社会的发展抑或相信法律与社会是相互依存的实体，功能主义者都不得不对这样一个根本的困难作出解释：很明显，并非所有的法律规范和原则都与社会生活有功能上的联系，这或者是因为它们是与任何想像的利益和需要相背离的，或者是因为它们并没有在社会生活中造成差别。这样，功能主义者或者要修正其理论，或者排除法律的非技术性特性，或者降低其理论的解释性主张。但是，在比较法领域，学者们倾向于第二种战略。社会功能主义通过增添两种新范畴而“走向抽象”，它们是“功能失调的”（dysfunctional）和“社会价值

不大的”。全面的“功能”理论得到了危险的补充。这种危险是与一种非功能主义者的直觉相伴随的，非功能主义者感到社会问题与法律的解决方法间功能上的（不消说是偶然的）关系并不是决定性的，或者说更是任意地相互依赖的。功能主义者愈来愈走向高度抽象，表明了他的理论概念的空洞。

同她的前辈（也像大多数社会功能主义者）一样，比较法上的功能主义者对法律的发展持一种进化论观点。法律不断地适应社会需要或利益，或者通过与环境之间的互动而发展。“现代化论者”甚至赋予法律以能动的地位。它被视为推动社会进步的关键手段。进化论的两种观点——法律在对社会变化的反应中发展和社会通过法律而现代化——都是可以质疑的。把引起法律规范、原则以及制度变化的错综复杂的过程解析和定形化，说成是一种进化的主导过程，这正表明功能主义缺乏它本身也认为应该发扬的素质——辨析差异。

进化论者往往把他们的焦点集中在某一特定机构（如法院、立法机关等）的行动或决定上，否认或忽视作为意识形态、仪式程序一部分的法律形式和观念的影响。通过强调由于法律调整所导致“解决方法”的产生，功能主义者没有考虑到甚至压根儿不承认法律也能够产生并提供塑造民众组织社会经验、赋予其意义、判断其是否正常和公正的解释模式和生活态度。这就是为什么把法律与社会对立起来，把法律形式与其社会内含分离开来是没有道理的。那些对于法律机构与官员提出要求的社会生活的“利益”“不是自我设定的前法律实体（pre-legal entities），相反，它们的身份、特性、组织、形式以及某些时候它们的存在本身的重要方面都依赖于它们的法律性质。”[84]功能主义者认为法律是解决社会问题的调整性的技术或一系列技

术，她们的这一法律概念也可以被批判为法律中心论。在功能主义者看来，法律条文、制度之外不存在任何其它东西。在这点上，那些把法律视为思想意识和信仰的观点，已经超越了强调法律调整的工具效能的观点。功能主义并没有看到，也没有意识到在特定的法律制度下仍然存在着得不到规范和调整的方面。至此，那种迷人的有前提的试验变成了枯燥的对法律形式主义的证实。

功能主义者以一个中立分析者的姿态将自身融入其研究对象之中，她无须面对解释学上的困难，也无须承受观点的冲击，我们被带进了韦伯的价值无涉王国。功能主义者摆出一副客观主义者的姿态，对其研究对象又表现出虚伪的谦逊。此外，功能主义者又必须作中立化的工作，这时又神奇地转变，或者竟可以说是放弃了比较者的种族中心论的观点。保持中立，更确切地说是在外在形式上保持中立，首先要从术语开始，把法律形式主义的语言转化成普遍问题的语言，“因此不要问：‘外国法对买卖契约规定了哪些形式要件？’最好这样问：‘外国法如何保护当事人免于草率立约或受到未经审慎考虑的约定的束缚？’”[85]

中立的姿态要持续下去，伴随着正确的态度和研究计划，并导致对结果的公正的评价。为摆脱本土法律体系中一些先人之见的影响，研究者必须胸怀开放，并时刻准备去实现严谨的科学理念：

> 研究法律问题的学者必须包容整个世界的法律，历史的和现存的，影响到法律的万事万物，诸如地理、气候、种族，塑造了一国历史发展的事件——战争、革命、殖民、征服——宗教和伦理，个人的抱负和创造力，对产品以及消

费的需要，集团、党派和阶级的利益……社会、经济和法律领域的各种因素都是相互作用的。每一个发达民族的法律都不断变化，万花筒一般奇妙多变的景观任何人都无法完整而清晰地窥见。”[86]

那么，我们是否必须去研究法律的历史学、经济学、生态学、社会学、生理学和政治学呢？当然没有哪个人会做到这一点，对于那些只研究该领域中更为实用的问题（例如冲突法）的学者来说，也无需实施如此严格的学术计划。这是否真正意味着没有人曾清楚地看到过万花筒的完整图案呢？功能主义比较者意识到这种困难，并提出了一个更为现实的方案。她们把拉贝尔（Rabel）提出的研究计划分解，溶入比较常识的实用主义方法论规则之中：当心“带着长矛埋伏着的土人们”（拉贝尔）；如果一个比较法学者陷入谬误，她的同行应“善意地把他引向正确”（茨威格特/克茨）；比较研究应当通过多国合作进行，以纠正带有偏见的评价；比较的推断，例如只有具有抽象和综合倾向的大陆法律体系才发展出了宏观的具有包容性的概念，而普通法由于其类推的从判例到判例的思维习惯，从而只形成了低层次的法律制度，尤其适用于解决单个的具体的问题（茨威格特/克茨）。

为达到客观，比较法学家必须要进行适度的自我约束，并确保功能主义方法能够实现二者——客观和严谨。

功能是一切比较法的出发点和基础。它是比较的第三项（tertinm comparationis）……对于比较的过程，这意味着对于我们在各种法律秩序中发现的不同解决方法须与其概念语境分离开来，并清除其本民族法律学说的暗示，这样才能纯粹地从功能的角度审视它们，并作为满足一种特

定法律需求的尝试。[87]

然而，解决方法如何能够与其语境相“分离”，与此同时，又与其环境相联系，法律又如何被“纯粹地视为”满足某种“特定”需求的功能，我却不得而知。看来这需要两个对立的步骤，首先是压抑语境，对解决方法加以考虑；然后在不知道什么使特殊成为特殊的情况下从一般（功能）转向特殊。功能主义者通过将法律制度和法律条文与其体系语境相割裂，通过将它们融入一种人为的“解决方案”的普遍类型学之中，从而否定了制度与条文之间的互动关系。以此方式，“功能”便被具体化为现实的原则，但却并不作为支配实在世界的分析原则。它变成为抽象与具体间联系的纽带，使我们超越一国法律概念的界限，构建了比较法的体系——“普遍的”比较法律科学或称为“一般法”。[88]

尽管有这类对一种普遍的法律科学的暗示，但比较功能主义者却不应被错误地视为哲学家，她的目标是更为现实的：设计最有效的法律体系，调整合理的期望。中立观察者最终表现出来的乃是一位维护现状的法律家的形象。

Ⅳ. 重新构想比较法研究

下一步做什么?对比较法论说和主导范式的批评可能表明，我们应当放弃法律比较，因为不会有任何中立的参照，也因为似乎完全不可能发明“良好的”抽象。甚至比较法究竟是否存在也大可怀疑——即使它存在，它对法律教育与实践也可能毫无意义。除此之外，比较法学家们无论动机如何，似乎毫无例

外地和毫无希望地被认知控制的种族中心主义机制所束缚。

我认为放弃比较法研究将是固守错误，因为这样就等于把历史传统和现实条件凝固到一个永恒的模式中去。当然那种胡乱对付的比较也是同样错误的。通过细读大量的研究成果，通过诸如庞德的《时间与空间中的比较法》一类精采的著作，我认为所需要的不仅是一个更复杂、更长期的比较过程。[89]在上层隔离车箱里，比较法从来都背负着沉重的行李。时至今日，其中依旧塞满了种种思想和义务、目标和主张。

为使比较法研究变成一种学习经验，需要做更多的批判性工作。从广义上讲，批判性比较要求对自身的法律与外国法律间关系有更为敏锐的感觉，而不只是知识上的复杂精致。因此，比较法学者不应无休无止地去追求一种中立的姿态和客观的形象，而必须意识到她们是参与型的观察者，因而她们的研究必须是自我反省和自我批判的。批判性比较不应事先对法律的必要性、功能和普遍性提出假设，而要对法律中心论，对受宗教操纵、弥漫着宗教气息的法律教育和实践提出质疑。批判性比较不是"直接获得"法律的历史和差异，而必须要求对含混予以严格的分析，同时又要容忍含混。

我认为应该通过对于学术论说的批判性评论，把比较法从"深奥而又相对死板的特质"[90]的境遇中解放出来。我想表明的是：只要我们不将我们的法律术语与观点视为当然，而是敞开胸怀，听取对于国内法律意识的根本性的再评价，那么，对于法律的比较便是可行的和自由的。在我们开始比较研究时，尤其需要对以下两个方面加以强调：第一是自我批评的态度，而不是声明要追求中立；第二，特别要对比较研究中对"法律"的中心性的假设进行重新审查。本节的其余部分将对上述这些要

求进行讨论，并运用它们来具体阐述应该如何就法院对堕胎判决进行批判性的讨论和比较。

A. 从种族中心论到自我批判

比较法学者面临着一个对其研究极为不利的问题，即其研究中必然充斥着来自于她们本国法律文化与经验的概念、价值和观念。大多数比较法学者不是妥善地处理种族中心主义问题，而是摆出一副中立观察者的姿态极力避开或希望能够不触及这个视角问题。百科全书式的比较者认为，没有任何一种文化应被排斥于人类文化的整体之外，它们只能被认识，而不能被评断，根据这一事实，她给每一种法律文化以应有的地位。教条主义者或许声称她只是列举本文（texts），她的意思是，如果不通过具有根本普遍性的法律论述的方式使角度和方法中立化，那么它只限于“比较的议论”——即使这样做也在法理学的控制之下。哲学家依赖严谨的理性思考得出了普遍的法律原则、自然法以及一种原始状态的描绘。法律史学家则声称他们复述着一个任何人都能复述的故事。一部普遍的法律史的主人公们对于偏见毫无疑虑：她们依赖据称是普遍的人性以及法律永远不断的发展。一种特定的视角何以能破坏法律的普遍性？法律民族学家抛弃了客观性，也就失去了作为一个能够详细地和跨文化地观察、分析法律和法律发展的各个阶段的准自然科学家的优势。在功能主义者看来，基于现代化社会中所有的问题以及它们的法律解决方法的相似性的功能研究，以及与其他比较法学者之间的交流将使她们自动地摆脱霸权思想和文化偏见。

然而，尽管有这些对于比较法学家心胸开放、超越民族界

限思想的声言，但事实上，比较法领域依旧为大陆法和普遍法所统治。人是权利与义务抽象的法律统一体的观念已从西方移植到各种法律文化中。“我们”的法律支配着“别人的”法律。我们头脑中这一先验的模式极大地决定着我们对其他法律文化的发现，决定着我们对别国法律文化所作的如下分类：重要的或无关紧要的，熟知的或外来的，如此等等。

观察视角不只是依赖一种所谓“正确”的伦理、态度或是推理就能得以矫正的认知或情感上的缺陷或倾向，它是每个人的学习史中一个内在的方面。被一种特定文化社会化——或者简单地说便是成长——意味着对那种文化环境的熟悉，获得了特定视角，并对那种环境有了偏向。这么说来，我们是否成了我们文化的受害者？西方人只能按西方的思想方法思维吗？只要我们始终意识到我们是一种文化的参与者和其他文化的观察者，我们就能够超越自身特定的视角，学习、理解和体验那些被我们看作是陌生的、外国的、奇异的事物。超越自身视角意味着要意识到我们要使用具有文化基础的本国语言去把握新的、与我们自身不同的文化。但是自我，即我们自己认知的历史及其假设与视角的包袱，是不能随意抛弃的，我们仍然可以诚实地和自觉地去阐释它，使之成为自我批判和重新考察的对象。尽管我们必然使用自己的语言，但是在如何使用它的问题上并不存在一个先验的真理或普遍的逻辑。对那些所谓权威解释或普遍分类的怀疑态度之所以能对比较法研究有启发意义，原因也正在于此。

比较必须是自我反省的。比较法学者应当把她自己看成是法律的主体和法律的主题，应当意识到自己是被卷入到了一个不断发展的，由法律组成并受法律支配的特定的社会实践、一

个既定的法律传统（或某一特定的法律史）、一种思考和探讨法律的定式中的，而不要摆出一副中立、客观、公平的观察者的样子。一旦比较法学者质问她自己怎么成了法律所确定的她（一个具有“权利”和“义务”的“个人”，一个“承租人”，“纳税人”，“孩子的父母”，“消费者”等等），以及她作为一名“法律学者”如何思考本国法和外国法，正常状态和普遍性的概念就变得模糊起来。这时我们会更清楚地看到，对外国法的看法来源于本国法中某些先验的假设和偏见，并在它们的影响下形成。

为克服种族中心主义的影响，我们必须分析和摆脱那些把我们困扰在国内法律体系中的种种文化束缚。一个可行而又颇具吸引力的开端，可以是对于比较法学著述的一种异常的阅读，即专门读那些通常被视为与主题缺乏关联而被跳过的那些边际性文字。一本书的前言和序言会告诉读者一些有趣的故事，从中可以看出，尽管有更高的目标和主张，但比较法研究却是怎样在一些偶然因素（至少一部分研究者是如此）的激发和组织下展开的，这些偶然因素中包含了比较法学者所接受的法律教育，对特定法律文化的揭示，对某种文化的钟情和探索，以及参加学术会议的邀请等等。[91]这些边际性的谈论告诉人们，那些声称的客观发现和对“被比较的”法律文化的比较研究是为什么和怎样由比较法学家头脑中的种种假设刻划出来的。

解读了学术研究的动机、兴趣和视角以后，就应转向系统地探究否定视角的手段了。对上述边际文字的非正常阅读为批判性地阅读“真正的”比较法材料作了引导和准备。[92]一旦明了了视角，学习比较法的学生就不要再停留在表面，而要能够探究和批判学者的主观兴趣和视角是如何被否定，并为看似更客

观、更中立的字眼危险地予以补充的。[93]

哲学家、社会学家、民族学家对于如何对付种族中心主义曾提出过一些建议。[94]但是她们在这方面的探索并未在比较法的论说中得到充分的承认。假如比较法学家们使她们的词汇具有了“解释学”作用，她们就会对比较与评价、理解与解释以及事实与价值判断之间的区别感到不安。一旦比较法学家们准备去承认主观性和视角的地位，她们就能从客观主义中解脱出来，并超越相对性和普遍性的两分法，走向对知识和理性的实证论模式的批判。由于这种批判，人们可以对自己的语言和文化进行再思考，这种语言和文化是束缚，同时也是机会；是隔着一段距离把新的光芒洒向外国文化的机会。我们不能保证对于陌生的和新的事物不会产生误解，但是这样的误解变得具有创造性和启发性却总是可能的。

B. 从法律中心论到对法律的批判

为获得自由，比较法研究还要克服比较学者以及非比较学者论说中普遍存在着的法律中心论。我所谓的法律中心论是指这样的观点：认为法律是既定的、必然的存在，是通向理想的、理性的和圆满的冲突解决方法，并最终走向确保和平与和谐的社会秩序的必由之路。大多数法律学术和实践都是围绕法律而进行的——法律是如何和应当如何产生作用的？怎样才能使其更好地发挥作用？法学家——他们受的是法律教育，以法律的方式社会化，精于法律的技巧和谋略，心中充满对生活的法律想像——以法律的方式谈话和做事。但是，历时(diachronic)比较和共时（synchronic）比较都告诉我们，法律并非亘古不易，

它处在不断的变化之中，解决社会冲突的途径多种多样，更为重要的是存在着一些很少或根本没有我们所熟知的那种类型法律的社会。因而，当我们仔细阅读即使是古典的论著时也会发现，并没有任何发挥着作用的绝对正确、优越、独一无二的法律技术和需要。这也许会使学习比较法的学生直觉到这种法律技术是不存在的，进而对任何法律体系的客观理性和霸权地位提出质疑。

然而那些以法律史和法律文化的相关性为唯一基础，并认为它们是社会秩序框架的观点是不坚定的。它们极易受到这样一种言论的冲击，即有了严密的法律体系，高效的法律技术，我们所熟知的法律就会成为必然的和合理的。法律中心论的思想及其政治策略——法条主义得力于这样一种观念化和形式化的法律观，后者认为法律是一套规则、制度和技术的集合，它在每一个可能的冲突中保证每个人权利都得到保护。如果法律条文并不能兑现它所包含的这样那样的许诺，那将是一件不幸的、不正常的事件，一件异常的、破坏社会正义的事件。这样，法律秩序整体性的合法性和有效性便得以保全。

法律形式主义者把其注意力集中在法律的形式、程序和条文等具体要素上，强调法律机构与法律代理人之间的关系，以此证实法律的必然性以及无庸置疑或占优势地位的合理性，法律中心主义者对于法律与现实、法律实践与社会实践进行两分，从而使法律成为一个自己独立的领域——一种实在、逻辑以及语言。这样的两分法使非比较者可以得出这样的结论，即法律语言是弹性的，法律原则、条文及适用都是不确定的。我们会相信，法律的倾向和判决的不可预见性仅仅表明法律的发展落后于从环境中产生的发展着的社会需要。因而，法律所需要的

便是完善、成熟以及更多地联系现实。

法律现实主义——在较低程度上也包括社会法学——通过把法律同其社会目的、政治利益、语言及写作问题联系起来，减轻了法律中心主义-法律形式主义的并发症。它们对这样一种观念提出挑战，即认为一个政治上中立的、规范的结构是由法律的推理所决定并形成一种整合的体系。[95]现实主义派的言论，以及由于批判法学派学者而导致的这些言论的激进化，[96]在比较法的论说中却颇不易见到。主流派的比较法学者们似乎要靠比较和肯定现代法（大陆法和普通法）的相对确定性、合理性和连贯性而逃避对于法律秩序的批判。[97]批判者认为的确存在一个法律原则和法律条文的体系，虽然缺乏“体系”的地位。而比较法学家也谈论法律体系，但他们假设法律规范和原则可以对所有可能发生的问题作出确定的回答，并涵盖所有想像得到的情势。[98]批判者拒绝接受把法律家看成是运用法律原则和法律来达成不受其私见与偏好影响的结果的观点。但比较法学家一般都不怀疑中立的和自治的法律理性形态的存在；其中有些人甚至公开声称（更多的是暗示），从本质上讲存在着一种普遍的、世界性的法律推理风格。[99]批判者争辩道，法律反映着关于社会生活和规范观念的各种对立的观点，反映着关于个体和集体对立的意识形态观念，而比较法学者通常希望坚持法律条文和原则中包含着人类关系的连贯的和可以证实的概念。

如果上述论述便是就比较法学家对于规范的法律批判学说的全面反映所作的充分概括的话，那么便不可能要求一种重新思考的学说。比较法学者必须首先超越社会学的朴素见解，诸如法律与其环境间相互依存之类，然后尝试一点现实主义，最后走向批判法律理论。无论在理论上还是实践上这都意味着不

再把法律概念化为一种对于建立在自然与文化、社会与法律之间对立基础之上的现实的补充。法律制度、技术和规则也不仅仅是调整和统治先前的社会或无规则的自然状态的文化现象。其实，不管它怎样令人向往，不管它是多么有影响力的神话创造，这样一种纯粹的状态和原始的情形是根本不存在的。同样，使法律游离于和对立于现实与社会也是一种误导。如我在前面指出的，法律也同样构造社会生活。一些秩序的形式总是并且已经构造了自然、现实和社会，虽然只在一些不同的、不确定的时候，秩序所构成的事物才被称之为“法律”。

一旦放弃上述这些对立性区别，法律便能够被视为一种不确定的现象，制度、技术和程序只代表了法律的一个侧面。使用法律术语表达的代理人和代理机构之间的形式化关系是社会实践唯一凝固的方面，而这种社会实践乃是由那些与直接经验相脱节的特定的思维方式和行业方式以及一种特定的规范化意象（“法治”、“权利”、“正当秩序”等等）所构成的。法律专业的教师和学生、法律实际从业者、恪守法律、规避法律以及违反法律的公民一样都深深卷入这一实践之中，维护着它，发展着它。人们果真获得过“法律收益”么?“权利”在实施中是否真正保护了个人或少数派？言论自由是必需的吗？充斥于社会各个角落的法律意识把我们置于一个卡夫卡式而又迷人的世界之中，这是一个权利与义务、规范与标准、程序与实体、犯罪与惩罚的世界。之所以如此，并不在于法律的制定框架和符号表达，也不在于法院、律例与论争或对法律手段的有意识的运用。赋予它神秘和魔术般魅力的乃是它作为一种社会日程和作为我们的“第二天性”而具有隐蔽性和无处不在的特性——它们塑造着我们的头脑，激发我们的热情，构成又限制着我们

的社会观点，影响着我们的行为。

在这种情势下比较研究的意义何在？比较法研究如何能防止我们完全被法律所迷惑？比较法又如何使我们看到权利何时何地得到保护、帮助或被剥夺或被非政治化？一种比较的视角能够成为使人们对本国法律意识提出疑问并与之拉开距离的方法之一。并且，如前面所说，距离并不能自然地获得。比较分析可能成为，现实中也常常成为与非比较研究一样的神秘和复杂。距离的获得要求不把任何东西视为理所当然，尤其是不把法律的形式和理性视为理所当然。一种自由的距离开始于对这类问题的研究：法律对于我们，对于我们的世界观，对于人类关系究竟起了什么作用。我们本能地认识或意识到，法律条文和程序（无论其实际效果怎样）通过把冲突提交到法律机构而剥夺了人们自己解决冲突的权力；通过把人际关系转变成法律关系而使其公式化；通过设定一种专门的语言和逻辑、设定一种从真实的个人及其生活中抽象出来的时间框架，使法律与社会现实彼此离异。非比较型的研究可能更容易将法律这些特点和效果视为必要的罪恶（如果不是合理的机制的话）而心存疑虑。我相信，比较法学者处于一个更为有利的地位，因为她面前有着各种不同的法律形式和分类，有着可供选择的法律的或非法律的战略，它们或多或少是现实的、恰当的、神秘的、具体的、分离的等等。所以我的全部观点就是，比较法研究为获得距离提供了更好的机会，也为揭示法律缺陷、矛盾、意识构成以及不同观点提供了更好的机会。

如果比较法的学术传统不能保证比较法学家很充分地利用这个机会的话，还有另外的理由促使他们这样做。比较法学家正处在压力之下。灰姑娘情结是真实的。他们的修行或许有趣，

但却首先被视为一种得不到充分补偿的认知负担。这便是为什么比较法研究愈来愈多地在法学院之外进行的原因。为改变这种局面，把比较法牢固地植根于法律教育之中，比较法学家必须向世人表明比较法研究是值得付出超常努力的，并且是关系重大的。

C. 从非法律中心论的角度看堕胎判决

为阐释比较研究何以重要，我想简要讨论一下法院关于堕胎的裁定从前是如何进行比较的以及从一个批判的和非法律中心论的视角可以怎样比较。

传统的比较基本是遵循以教条主义为基础的并列附加的方法。[100]通常情况下，在作者的研究计划和教学宗旨范围内，从所有的法院判决中选择例证，选择的标准一般是能体现文化和民族的多样性，并涵盖堕胎所涉及的各方面法律问题。摘录资料将学生的注意力引导到立法基础和不同的法律推理方式之上。对于法条的简洁程度、规范的连贯性以及最终的法律解决方法都要加以比较。简短的“编者说明”或是精心设计的“注释和问题”部分，或对于制度性设置、法律渊源以及法律争论的历史与发展等所作的综合叙述，[101]目的在于把分离的判决联系起来，并帮助学生超越个别案例和个别国家。从列举的法律规定看，法律规定上的差异并不太大；多数法院都认为堕胎是一个复杂而又敏感的问题；然而它们却都认为实质性的法律因素并不难于辨析、审视和判断。[102]

一些法院把这一法律问题仅作为一个程序问题来对待：国会刑事立法权和司法审查权的范围如何[103]——这就将问题从

堕胎的合法或非法引到了一个周期性出现却又不甚激烈的争论之中，那就是司法能动主义与司法自我约束之间的争论。[104]另外一些法院则强调有关法律规定中所包含的实体权利，[105]并把种种政治的、道德的、心理的潜在因素转变为母亲的“隐私权”和与此相对的胎儿的“生命权”，或母亲对是否要孩子的“选择权”和与此相对的国家保护“未出生生命”，或“禁止怀孕妇女屈从使其生命处于严重危险境况的程序”。[106]下一步，人们对（法院和立法者的）“权力”和“权利”予以限制，并且将其分别情况置于等级系统之中，判别等级的尺度是看它们是“基本的”、“强制性的”、“绝对的”，抑或是“取决于法律规定的”。法院奉行的是司法能动主义还是司法的自我约束，司法战略是程序性的还是实体性的，法律渊源是实在法（如刑法、宪法），还是超实在法（如自然法），法律是否允许作出理性的选择和医疗上的选择，法律从何时开始承认人的资格（从怀孕开始、三个月或出生），一旦这些重要的变项得到确认，比较法学者就可以跨文化地设计出允许“自愿中止怀孕”或是适用“限制堕胎法”的“许可”或者“限制”的法院规则。一般说来，评论者——包括比较法学家和非比较法学家——只描写“司法观点”，这样便隐晦地或明确地重申了堕胎确切无误地是法律问题，[107]并就法庭辩论中的法律问题加以比较：

> 法院解释宪法以要求立法机关颁布赞成的法律，而不是通过这种解释以否定一个无效的法律，这种行为是否恰当，要仔细考虑德国法院判决中多数人的观点和不同意见。
>
> …………
>
> 不同意见（在德国的案例中）的产生是受了美国联邦最高法院 Roe 诉 Wade 一案的司法观点的影响，……当然，

在解决堕胎问题时，德国法院大多数判决与美国法院的相去甚远。但是在司法能动主义的适当范围问题上，他们是不是也很相似呢？

……

Carmosina 和 Roe 诉 Wade 两案判决的一个极为相似之处表现在它们的直接结果中……，另外一个明显类似的地方是……Roe 诉 Wade 一案显然避免处理司法能动主义的适当范围问题，意大利宪法法院也同样如此。[108]

与传统的学术研究相反，批判的和非法律中心论的比较法学者将传统学者倾向于得出"问题就是如此"的结论的地方作为出发点。或者最好从学者提出的这样一个问题入手："围绕堕胎各种道德的、宪法的问题能否不考虑那些涉及与男子相对的妇女问题的法律的影响便获得解决？"[109]自我反省与法律中心论的疏离以及辨析差异，激发人们超越堕胎判决内在的法律语境。非法律中心论的分析第一步涉及到一个关键的阶段，在这个阶段，一种错综复杂的社会、政治、道德、心理以及医学问题在其中得以简单化，并被置于一个既定的法律框架中。此后又怎样了呢？

这一问题的许多方面被展平，纳入"私法的"和"公法的"两个范围中。妇女、父母、医生以及社会的各种不同的和冲突的情感、利益和考虑被作为"权利"和"义务"加以过滤、筛选，以此表明堕胎只是法律问题。一旦抛开这些直接社会经验的语境，并与涉及到的具体人相脱离，那么就只有堕胎问题所包含的情感、需要和利益能够再现，并考虑哪些方面依据法律可以被确认为"合法的"和"合理的"。一旦合法化（或非法化）——或更准确地说是法律化（juridified），堕胎便几乎自然

地就变成了由国家管理的事务。到了这一步，堕胎就不再是控制生育的一种手段了。现在的问题是堕胎究竟是谋杀还是个人的合法选择？法律化（Juridification），无论是开明的还是保守的，把“堕胎”与其文化的和个人的背景（也包括法律的）隔离开来，把它看成一种只能由法律许可或禁止的行为，可以在不考虑母亲或（和）父亲在养育子女中的作用、性别角色划分的内涵、控制人口的利益、人口政策以及社会控制等诸多因素的情况下得到解决。

自我反省式分析的第二步是将法律的不同之处作近距离的细致研究。法律中心论者通过求诸宪法和制定法条文，历史背景或相关的先例的差异，[110]将冲突的和矛盾的法律解决方案说成是为解决本质上是同一的问题，而一个批判性的比较法学者就必须深入地探究司法平衡，以及公法与私法的转变和分离。从一种批判性的距离观察，法律争论的不确定性和含混模糊变得清晰起来。我们可以辨别出，法院将私法问题“公法化”或将公法问题“私法化”的各种途径。法院或许只需维护政府的权力以防止对“公众的恶劣、有害或不良的影响”并惩罚“不良的社会行为”。或许它们会赞同国家有义务加以保护的（未出生者的）生命权。或者它们也可能会确认（母亲的）隐私权，不过这项权利可以由“强制性的”公共利益予以限制；当公共利益较之与母亲有关的利益更有份量时，国家就可以进行合法的干预。公共领域与私人领域之间有一个清晰的分界线吗？法律没有作出回答，对这个问题，不同国家乃至某一具体国家之内的法官和法院都没有一致的见解。它们只是按照它们对个体自我满足和意志自由的见解，按照他们对集体的或公共的责任的理解，对公共和私人之间的分界线予以设定和修正。

无论是在什么地方，估价什么是一项“强制性利益”，界定什么是一项“合理的调整”，明显地取决于法官或立法者的情感反应、社会观点、道德信念和政治选择。但是不管他们作出何种选择，这种选择都被定式化为法律的权威性决定。批判性的比较从对法律理性的主张中，抽象出各种对立的政治观点和规范观念。“拉开了距离的”比较法学家并没有被依据公法与私法划分而进行的法律推理的错综复杂所迷惑，也没有对司法能动主义和司法自我约束或赞同或反对的争论所困扰，她揭示了法律学说和司法判决的政治基础，并因此发展出了一种法律的政治理论。

批判性比较的第三步是重新引入那些被法学著述所忽视、排斥或转化了的东西。为使争论的问题适应头脑中的法律框架（“权利”与“义务”、“自由”与“许可”等），法律和法律的著述不得不把这些问题变得更狭窄、更个别化和更孤立。因而，拉开距离意味着变换一个角度，把注意的焦点从权利的两难选择转向人口繁殖的政治学。[111]辨析差异意味着承认法学家和法官作为父亲和母亲、男人和女人，作为社会生活世界以及法学论说的参与者，是怎样深深地卷入这场关于堕胎问题的争论中。这场关于法院就堕胎案件的判决和堕胎法律的激烈而又尖锐的争论表明，处于危机之中的不仅仅是控制生育手段的道德性和合法性问题了。的确，总的来说堕胎和控制生育给一些社会政治问题施加了压力，这些问题对于社会的发展、政治的统治都有重要意义，它们包括性行为、人口规模、妇女和男子在抚养孩子中的作用以及社会中的劳动分工，等等。[112]一种与大多数法学论说的参与者共同具有者不同的观点认为，政府对于控制生育的管理与“基本价值”有关。基本的问题看来是由谁来决

定人类的生殖——妇女、父母、医生、心理学家抑或国家。

中国为控制人口，在第一个孩子出生后施行强制堕胎。而西方一些国家的法律却限制堕胎，这一强烈的对比可以提供一种对于距离和差异的经验。这种反差使人们真切地看到我们内部世界的分类（“杀婴”、“未出世生命”、“权利”）和一系列关系（“个人”与“国家”、“私人”与“公共”）以及我们自己的规范化偏好和情绪反应。这一对比也同样阐释了传统封闭的比较研究体系所不能解决的问题和不能采取的视角。比较研究还能够展现完全不同的问题，诸如人口控制以及不同的（不一定是更好的）解决问题的方法。转换视角，从诸如中国这种“根本不同的”文化审视美国、加拿大、西德以及意大利等国有关堕胎的公共论述和法律著述，这意味着承认不同的选择的存在，意味着承认在道德和法律争论的背后那里强加于传统文化的“现代化”和这里反妇女运动、反民主化的父权制和国家权威的延续。这样，比较研究便能够对于学习作出贡献——使人们超越在堕胎问题上保守的“杀婴”论说和自由的“权利”论说，[113]并且表明，控制生育并非本质上就是一个法律问题，只有超越了法律调整和法律推理的视野才能全面地和充分地讨论这个问题。批判的比较法学家正是以这样的方式对关于什么是“法律的”，什么是“非法律的”形式主义的区分提出质疑，并提出解决社会冲突和个别问题的可供选择的不同方案。

D. 从真理到模糊

正如我们从堕胎问题可以看到的那样，对比较研究进行重

新构想需要一种根本不同的历史观。持续的形式和统一的概念必须宣告中止。[114]为了获得一种关于距离与差异的严格验证，对于相似性的类推和假设必须放弃。这意味通过历史到达自然、普遍或理想的发展过程不再有捷径。相反，混乱与异质性、失败的斗争以及文化边界上的偶发事件都会出现。

一旦比较法学家对于他们的研究所表现出的以己度史（以今日的观点期待过去）和霸权特征（将本国的视角强加到外国事物上）[115]有最低限度的意识，他们便会发现以良好的意识从事其真理的论述是艰难的，如果不是不可能的话。此外，各种各样的真理观（它们都声称具有关于自然的、理性的或进化的规律的普遍性）也否定了认为存在着一种可以在法律文化和法律制度的历史上加以验证的普遍真理的观念。在对各种真理感到厌倦和心存警戒之后，比较法的教师和学生应当鼓起新的热情去对作为一种无所不在的和含义模糊的现象的法律加以分析，[116]并将注意力集中在主流论说放弃、忽略和排斥的事物之上。

上述观点把我们带到了哪里？又给我们带来了什么？既然法律的发展中不存在一种普遍的真理和普遍的道路，那么我们便不会只有一种可靠的历史解释，我们可以寻找多样化的发展可能和解释。为防止各种严密的定义把法律仅仅置于条文、制度或诉讼之中，我们必须使用这样的观念，法律是无处不在的、不确定的和可以作多种解释的现象，若只把法律限定在这儿或是那儿，便无异于将布丁往墙上贴。因此我们要在所有的地方：条文、制度、诉讼观念以及幻想——对未来不安而又着迷的企盼——中去探寻它。

假设制定法律和解释法律的机构和官员制定了法律，作出

了判决，尤其是假定他们给出了秩序和无序的图景，提出了解释现实的模式，并设想出“在人们可达到世界中唯一可能的世界，一个健全的人想生活于其中的世界，”[117]倘若这样假设是有意义的，那么结论必然是，法律将不再被视为仅仅是解决社会问题的技术性方法，或是历史的自然产物。每一项规则，每一项原则或每一个案例，都必须被看成是各种不同的社会过程的交点，一种批判性的历史分析和阐释必须探索相交的每一条道路，把每一个事件

> 放在各种可能的发展道路上，而非放在一条道路上。事实上，被选择的道路之所以被选择并非因为不得不作这样的选择，而是因为（在相关的地方）意欲选择别的发展道路的人们力量薄弱以及在斗争中败北，同时也（部分地）因为胜利者和失败者都享有共同的意识，这种意识确定了他们共同的生活日程，它突出一些可能性，而将其他可能性完全抑制住了。[118]

为了能够设想出那些未被选择的发展道路，思考、揭示那些与现实相反的发展轨道，比较研究应为我们提供一些信息，它们包括其它社会处理如何创造良好、公正社会秩序问题的经验，相同或不同社会在其他领域内的惯常作法，未被选择的发展途径，政治斗争中受到挫折的愿望等等。如此则比较法研究有助于从下边以及从现在到过去地撰写历史。同时它们将提供一个从我们自己的各种真理和秩序的习惯缠绕中、从关于社会-文化发展的一种主导过程的概念中摆脱出来的机会，这种概念（我们所受的即是这样的教导）将第一世界，即我们的世界置于第一位。

V. 结　论

我之所以要选择比较法研究进行批判，是因为它是那样彻底地巩固了我们国内现实中关于正当性的解释，而排斥甚至抹杀了那些“原始的”、“无关的”其他解释。我力图表明，无论我们比较的范例以及所指的中立参照是什么，我们都应脱离我们所认可的标准去看待、比较和判断世界。

通过对于那些学术论说的批判，我试图表明，虽然对法律的比较可以被视为智识冒险，但在那些看似陌生、边缘性或者极端的事物中，有许多东西可供我们学习。作为一种疗法而非一种理论，我曾建议，为了更好地学习，我们必须处理过于坚定的立足点（或文化偏见）或过于脆弱的立足点带来的风险。我对自我批判、非法律中心论和容忍模糊的论述是将我们置于参与型观察者地位上的一次严肃的尝试。我在方法论上的建议，例如以非正常方式阅读比较法著作，辨析那些否定某种观察视角的手段，对于被官方论说忽略、排斥或视为当然的事物加以分析等等，是为了训练我们的“民族学观点”。实质上，我们必须将观察到的东西与我们固有的假设进行验证，让它自圆其说。这是一件带有风险的事业，因为很可能暴露出我们的专断，也可能降低我们对学术论说中各种理性方法的信任。但同时，我们在批判性的法律比较中所冒的这一风险，也给了我们一个不确定的优势，从这一优势出发可以重新估价我们法律世界的既有物，重新构想我们的各种可能性和我们的自由。

（本文第Ⅱ节B以下内容由王文娟译，贺卫方校）

注 释

[1] 比较法学家们似乎也存在着观点同一的问题。通常，他们的著作开始于一种抱怨。他们拒绝"比较法"(Comparative Law) 这个术语，称它是"不当命名"。R. Schlesinger, *Comparative Law* 1 (3rd ed. 1970) ("一个空洞的用语"), H. Gutteridge, *Comparative Law* 1—2 (2d ed. 1949) ("一个难以满意的习语"), 1P. Arminjon, B. Nolde & N. Wolff, *Traité de droit comparé* 10 (1950)。对于这个术语很少乃至毫无意义的抱怨激励人们寻找新的术语，例如"比较法律体系"、"比较法律传统"、"比较法律史"、"比较立法"、"比较法学"、"法律的比较研究"或者径称为"比较方法"。见 H. Gutteridge，前揭，1—10；M. A. Glendon, M. Gordon & C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* 2 (1982) [以下简称 M. A. Glendon]; A. von Mehren & J. Gordley, *The Civil Law System* (2d ed. 1977); K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* 1—10(1977). 新的定义总是——或清楚或模糊——表示着比较法学家所欲达到的目标。见 1 L. Constantinesco, *Rechtsvergleichung* 206—12 (1971)。然而，这新定义或再定义却没有平息关于比较法存在着某些根本错误的争论。这里不再提供终极定义，而是提议我们不再为术语学上的变化而伤脑筋，而是研究争论。

[2] 关于通过旅游再创造一个人对遥远的和异国的地方的认同所作的一个徒劳的努力，见 S. Cohen & Taylor, *Escape Attempts: The Theory and Practice of Resistance to Everyday Life* (1976)。

[3] 关于比较法研究的教育作用与价值，见 1P. Arminjon, B. Nolde & M. Wolff，前注 [1] 揭，14—18；K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1]揭，页 15—19；Pound, "The Passing of Mainstream," 载 *XXth Century Comparative and Conflicts Law* 3 (A. von Mehren & J. Hazard 合编，1961)[以下简称 *XXth Century*]；Yntema, "Comparative Legal Research," 54 *Mich. L. Rev.* 899 (1956); Rheinstein, "Comparative Law—Its Functions, Methods and Usages," 22 *Ark. L. Rev.* 415 (1968)，重印载 1 M.

Rheinstein，*Gesammelte Schriften* 251（1979）。Tunc 倡导法律体系和学生思想之间的交叉受益，见他为前注［1］揭 A. von Mehren & J. Gordley 所著书写序言，页 viii，Schlesinger 却更强调“非地方主义化”，见 R. Schlesinger，前注［1］揭，页 xiv。

［4］ 论说十分经常性地强调比较法在实际中的重要性及其合乎需要的目标。见 P. Arminjon，B. Nolde & M. Wolff，前注［1］揭；Rabel，“Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung，” 载 *Rechtsvergleichung* 85（K. Zweigert & H. Puttfarken 合编，1978）；Lawson，“The Field of Comparative Law”，61 *Jurid. Rev.* 16（1949）；Pound，前注［3］揭；Wolff，“The Utility of Foreign Law to the Practicing Lawyer，” 27 A. B. A. S. 253（1941）；R. Schlesinger，参看全书各处。但是，超出冲突法与国际法之外，哪些方面在案件的辩护和裁判上需要实质性的比较法知识却是不易想像。勾勒性的观察见 H. Gutteridge，前注［1］揭，页23－25。

［5］ 见 K. Zweigert & H. Kötz，前注［1］揭，页 12－14，19－23；Tunc，“Comparative Law，Peace and Justice，” 载 *XXth Century*，前注［3］揭，页 80；Stone，“The End to be Served by Comparative Law，” 25 *Tul. L. Rev.* 325（1951）；David，“The Study of Foreign Law as a Contribution towards International Understanding，” 7 *Am. J. Comp. L.* 493（1958).

［6］ 见 Piaget，“The Psychogenesis of Knowledge and Its Epistemological Significance，” 载 *Language and Learning：The Debate between Jean Piaget and Noam Chomsky*，23（M. Piatelli-Palmarini 编，1980）。

［7］ “差异”的概念受到了女权主义批评和文学理论的启发，不过与后两者的联系不甚紧密。后面将清楚地表明我与德里达的“差异”（différance）概念有很大的差异。见 *The Future of Difference*（H. Eisenstein & A. Jardine 合编，1983）；J. Derrida，*L'Ecriture et la différence*（1967）；J. Culler，*On Deconstruction：Theory and Criticism after Structuralism* 89－110（1982）。

[8] 主要包括 1 L. Constantinesco，前注 [1] 揭；K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭；P. Arminjon，B. Nolde & M. Wolff，前注 [1] 揭；J. Hall，*Comparative Law and Social Theory* (1963)；Kamba，"Comparative Law：A Theoretical，Framework，" 23 *Int'l & Comp. L. Q.* 485 (1974)；Pound，"Comparative Law in Space and Time，" 4 *Am. J. Comp. L.* 70 (1955)；收入 *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung* (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Band 38，U. Drobnig & M. Rehbinder 合编，1977)。

[9] 例见 Pound 为 A. von Mehren，*The Civil Law System：Cases and Materials for the Comparative Study of Law* (1957) 所写的前言，见页 vii；A. von Mehren，前揭，页 xi；J. Merryman & D. Clark，*Comparative Law：Western European and Latin American Legal Systems* ix－xii (1978)；M. Cappelletti & W. Cohen，*Comparative Constitutional Law* vii－x (1979)。对于含蓄理论化规则的例外情况，见 R. Schlesinger，*Comparative Law* ix－xii (lst ed. 1950)；H. von Maarsveen & G. von der Tang，*Written Constitutions，A Computerized Study* 2－22 (1978)；K. Karst & K. Rosenn，*Law and Development in Latin America* vii (1975)。

[10] 对于比较法在方法论上的不确定性所进行的系统的和透彻的讨论，见 1 L. Constantinesco，前注 [1] 揭，203－62。

[11] 见 R. David & J. Brierley，*Major Legal Systems in the World Today* 1－29 (2nd ed. 1978)；K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭；H. Gutteridge，前注 [1] 揭，页 11（强调非连续性，主张比较法"就其特性而言是现代的"）。又见 C. Strong，*Modern Political Constitutions：An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form* 98－99 (3rd rev. enl. ed. 1949)；Longo，"The Cornell Project on the Common Core of Legal Systems：Views of a Civilian，" 4 *Colum. J. Transnat'l L.* 1，1 (1965)（"从中世纪起，富于远见的学者就倡导法律的统一"）。

[12] Pound，前注 [9] 揭，页 viii。又见 Pound，前注 [8] 揭，页

78—80,83—84;1 A. Schnitzer,*Vergleichende Rechtslehre* 2—3 (2nd exp. and rev. ed. 1961)。

[13] Cappelletti，为前注 [9] 揭 J. Merryman & D. Clark 著作所写序言，页 vii。

[14] 见 H. Liebesny,*Foreign Legal Systems: A Comparative Analysis*1—2 (4th rev. ed. 1981); J. Barton, J. Gibbs, V. H. Li & J. Merryman, *Law in Radically Different Cultures* xiv (1983) (下文引时简作 J. Gibbs); R. David & J. Brierley，前注 [11] 揭，页 10; K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 3。

[15] Tunc，前注 [3] 揭，页 ix。

[16] R. David & J. Brierley，前注 [11] 揭，页 4。见 K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 11—23。

[17] 见 McDougal, "The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order", 61 *Yale L. J.* 915, 918—20 (1952); von Mehren, "An Academic Tradition for Comparative Law?" 19 *Am. J. Comp. L.* 624 (1971)。对比较法欠缺方法论的透彻的内在批评，见 2 L. Constantinesco，前注 [1] 揭。

[18] 见 H. Gutteridge，前注 [1] 揭，页 23。

[19] 同上。又见 B. Grossfeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung* 13—22 (1984)。

[20] Lepaulle, "The Function of Comparative Law," 35 *Harv. L. Rev.* 838 (1922). Escarra, "The Aims of Comparative Law," 7 *Temp. L. Q.* 296, 297—98 (1933)，指出，外国的法律与习俗直到十分晚近的时候仍被作为"更像是猎奇心而不是真正的科学的对象。这种疏忽甚至经常与某种程度的轻蔑交织在一起。"

[21] K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 3，注意到比较法"在大学课程表中极为谦卑的地位。"又见 *Rechtsvergleichung*，前注[4]揭，页 1; Hug & Ireland, "The Progress of Comparative Law," 6 *Tul. L. Rev.* 68 (1931)。

[22] H. Gutteridge，前注 [1] 揭，页 23。见 1 W. Burge，*Commentaries on Colonial and Foreign Laws* xix (new ed. London 1907)。

[23] 见 Pound，前注 [3] 揭；Yntema，前注 [3] 揭。

[24] 见 S. Freud，*Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse* (1916—1917)，11 Gesammelte Werke (1944)。

[25] Pound，前注 [9] 揭，页 Vii—iii。

[26] 见 Tunc，前注 [3] 揭，全文各处；R. David & J. Brierley，前注 [11] 揭，页 11。

[27] H. Maine，*Village-Communities in the East and West* (author's ed. 1889)。

[28] R. Schlesinger，前注 [9] 揭，页 ix。

[29] Berman，"The Comparison of Soviet and American Law，" 34 *Ind. L. J.* 559，559 (1959)。

[30] K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，散见各处。

[31] 见 J. Raz，*The Concept of a Legal System* (2d ed. 1980)。

[32] 对形式主义的批判，见 Unger，"The Critical Legal Studies Movement，" 96 *Harv. L. Rev.* 561，567—76 (1983)。

[33] 见 R. Schlesinger (1st ed.)，前注 [9] 揭，散见各处；A. von Mehren & J. Gordley，前注 [1] 揭，页 3；H. Liebesny，前注 [14] 揭，页 1—3。又见 K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 18，33—34。

[34] 见 R. Schlesinger，*Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems* (1968)；Longo，前注 [11] 揭。

[35] 见 J. Barton & J. Gibbs，前注 [14] 揭。

[36] 见 R. David & J. Brierley，前注 [11] 揭，散见各处；J. Merryman，*The Civil Law Tradition* 1—6 (1969)；J. Wigmore，*A Panorama of the World's Legal Systems* 1119—25 (Library ed. 1936)。

[37] 见 1 P. Arminjon，B. Nolde & M. Wolff，前注 [1] 揭，页 42—53；R. David & J. Brierley，前注 [11] 揭，页 21—30；K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 57—67 及其他各处；1 A. Schnitzer，前注

[12] 揭，页 133—64 (1961)。

[38] 见 R. David & J. Brierley，前注[11]揭，页 26；又见 G. Glos，*Comparative Law* (1979) (“另外的国家”)。K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1]揭，页 67 (承认“混合”体系)。对体系-结构的批评，见 Malmstrom，“The System of Legal Systems，” 13 *Scand. Stud. L.* 128—49 (1969)；Eörsi，“On the Problem of the Division of Legal Systems，” 载 *Inchieste di Diritto Comparato* 179 (M. Rotondi 编，1973)。

[39] 见 J. Derrida，*Limited Inc.* 66 (1977)。

[40] 社会实证主义以它对于严格建立在科学的方法与资料基础之上的客观性的主张为标志。因此，社会现象被纳入“客观的”分类模式的框架之中予以解释。见 T. Adorno，*Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* (1969)。

[41] 见 Rehbinder，“Erkenntnistheoretisches zum Verbältnis von Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung，” 载 *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*，前注 [8] 揭，页 56—71。

[42] 见下文第Ⅱ部分对于主导性的比较法范式的讨论。又见 2 L. Constantinesco，*Rechtsvergleichung* 37 (1972) (“比较必须是价值中立的。”)

[43] H. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf，*Droit Comparé—théore généirale et Principes* 213 (1978) (“参照物的选择和展示应当总是服从于研究的伦理”。)

[44] K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 40—41；Zweigert，“Die Kritische Wertung in der Rechtsvergleichung，” 载 *Law and International Trade—Recht und Internationaler Handel：Festschrift Für C. M. Schmitthoff*，403—20 (F. Fabricius 编，1973)；H. Bartels，*Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung* 147—206 (1982)。

[45] 见 K. Zweigert & H. Kötz，前注[1]揭，页 25；又见 Lepaulle，前注 [20] 揭，页 852。

[46] “如果一位学者描绘的图画染上了他的背景或教育的色彩，国

际协作会予以纠正。" Rabel, "Deutsches und Amerikanisches Recht," 16 *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (*Rabels Z*) 359 (1951)。

[47] 见 M. A. Glendon，前注 [1] 揭，页 10—11。

[48] 见 K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 25，33。

[49] 最明显地由 H. van Haarseveen & G. van der Tang 在他们对成文宪法所进行的电脑化研究应用，前注 [9] 揭。又见 Rehbinder，前注 [41] 揭，页 62，作者将"纯粹的"比较和"应用的"比较加以区分。

[50] 一般论述见 T. Kuhn, *Structure of Scientific Revolutions* (2d ed. 1970).

[51] 对每一种范式更详细的讨论，见 G. Frankenberg, "The Cinderalla Complex and Other Problems of Comparative Legal Studies" (1984)(《哈佛国际法学刊》图书馆登录的未出版稿)。

[52] 见 G. Leibniz, *Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentia* (1748)。

[53] J. Wigmore，前注 [36] 揭。

[54] 《国际比较法百科全书》(*The International Encyclopedia of Comparative Law*) 毫无疑问是全球性比较方面最雄以勃勃、最令人敬佩的事业。迄今为止，数百名学者的贡献已达 15 卷。

[55] 见 C. Montesquieu, *De l'esprit des loix* (Geneva, 1748)。

[56] Ancel, "Les grandes élapes de la recherche comparative au XXe siècle," 载 *Studi in memoria di A. Torrente* 26 (1968)。见 E. Lambert, *La Fonction du Droit Civil Comparé* (1903); K. Zweigert & H. Kötz，前注 [1] 揭，页 44—45; Herzog, "Les principes et les méthodes du droit Pénal Comparé," 9 *R. I. D. C.* 339 (1957); Pollock, "The History of Comparative Jurisprudence," 5 *J. Soc'y Comp. Legis.* (n. s.) 74 (1903)。

[57] 见 A. Post, *Der Ursprung des Rechts: Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft* (1876); A. Post, *Grun-*

drss der ethnologischen Jurisprudenz (1894)。对更晚近的法律民族学的论述，见 Hooker，*Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* 6—54 (1975)。

［58］ 见 Kohler，"Die Anfänge des Rechts und das Recht der primitiven Völker，"载 *Allgemeine Rechtsgeschichte* (J. Kohler & L. Wenger 合编，1914)；Kohler，*Lehrbuch der Rechtsphilosphie* (2d ed. 1917)；H. Maine，*Ancient Law* (London 1861)。一般的论述，见 Pollock，前注［56］揭。

［59］ 见 W. Buckley，*Sociology and Modern Systems Theory* (1967)；Parsons，*The Social System* (1969)。

［60］ 对理性危机和工具理性的经典分析是由 Horkheimer 作出的。见 M. Horkheimer，*The Eclipse of Reason* (1947)。

［61］ 见 J. Barton & J. Gibbs，前注［14］揭；J. Merryman & D. Clark，前注［9］揭；R. Schlesinger，前注［1］揭；A. von Mehren & J. Gordley，前注［1］揭；G. Glos，*Comparative Law* (1979)；W. Murphy & J. Tanenhaus，*Comparative Constitutional Law* (1977)；K. Karst & K. Rosenn，前注［9］揭。

［62］ 在从贫乏的复加到精心的复加的持续链条上，Cappelletti 与 Cohen，Barton 与 Gibbs 以及 Karst 与 Rosenn 当是以理论化的精心阐述而著称的。

［63］ R. Schlesinger 强调本国法中的外国因素。Barton 与 Gibbs，Liebesny，Murphy 与 Tanenhaus 以及 Karst 与 Rosenn 则将焦点集中于外国法。W. Butler 所编 *International Law in Comparative Perspective* (1980) 一书则将比较法与国际法律问题联系起来。

［64］ 例如，R. Schlesinger，前注［9］揭，页 xi（"世界上法律体系中我们与之具有最重要的人及商业交往的部分"）；M. A. Glendon，前注［1］揭，页 xii—xiii（"对于问题的确定的解决方案"）；H. Liebesny，前注［14］，页 3。

［65］ 系统化的探讨很明显地更为受到大陆法训练的和（或）欧洲

学者所重视。例如，R. David & J. Brierley，前注［11］揭，K. Zweigert & Kötz，前注［1］揭，以及不那么明显的 M. Cappelletti & W. Cohen，前注［9］揭。

［66］ 见 R. Schlesinger，前注［1］揭，页 xv。

［67］ J. Barton & J. Gibbs，前注［14］揭，页 xv—xvi，选择了四个"共同的社会问题"——继承、侵占他人财物、契约和人口控制。K. Karst & K. Rosenn，前注［9］揭，页 1，认为"四个相关领域""由一个共同主题而连成一体，那个主题是'分享发展'（participatory development）"。

［68］ 例如，R. Schlesinger，前注［1］揭，页 410—29，以并列方式讨论了自 1920 年起的菲律宾最高法院、自 1821 年起路易斯安那的一个法院以及从 1928 年和 1932 年以来的德国最高法院（Reichsgericht）的司法判决。

［69］ M. Cappelletti & W. Cohen，前注［9］揭，页 3—5。见 W. Murphy & J. Tanennaus，前注［61］揭，页 ix。

［70］ 见 W. Murphy & J. Tanenhaus，前注［61］揭，全书各处；Kommers，"The Jurisprudence of Free Speech in the United States and the Federal Republic of Germany，" 53 *S. Cal. L. Rev.* 657（1980）。

［71］ 见 F. Lawson，*A Common Lawyer Looks at the Civil Law*（1953）。

［72］ H. Liebesny，前注［14］揭，页 1—2（着重号系引者所加）。其他比较法学家也采取了类似态度。Schlesinger 以将比较方法应用于国内问题开始，强调案例的重要性，以便将焦点集中在法律技术之上并补充系统的解说。R. Schlesinger，前注［1］揭，页 xvi 及其他各处。Murphy 和 Tanenhaus 确立了他们固有的"体系"的存在和权威，确立的方法首先是引入美国的宪法制度，其次，全部十一章中的九章开始于美国最高法院的一个或多个判决。他们的书中共有 157 节对法院判决的节录，其中便有 62 节取自美国最高法院的案例。W. Murphy & J. Tanenhaus，前注［61］揭。甚至许诺了在"根本差异的诸文化"中旅行的 Barton 和 Gibbs 也由于在他们的研究中引入西方法律概念作为比较的框架而使差异不再

是根本性的了。"下面的摘录（引自 Merryman，*The Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*）确认了一组变项，它们在比较西方范围内的法律制度时合用有效，如果用之于全然不同的文化中法律制度间的比较，它们应当同样有效。" J. Barton & J. Gibbs，前注［14］揭，页 1（着重号系引者所加）。对于差异只是展示而不加以消除的一个好例是 *The Western Idea of Law*（J. Smith & D. Weisstub 合编，1983）一书收入的文字。

［73］ 这些例子来自 W. Murphy & J. Tanenhaus，前注［61］揭，页 ix；H. Liebesny，前注［14］揭，页 10，155，345；J. Barton & J. Gibbs，前注［14］揭。

［74］ 例如，R. Schlesinger，前注［1］揭，页 1，35—37（关于分析方法）的论述。

［75］ K. Karst & Rosenn，前注［9］揭，页 1。见 M. Cappelletti & W. Cohen，前注［9］揭，页 viii。

［76］ W. Murphy & J. Tanenhaus，前注［61］揭，页 ix。

［77］ 这并不是说比较法的各种研究方法都可以被归于偶然因素。但是，一位作者在法国和西德所进行的法律研究可以解释为什么他后来的比较法著作集中在这两个国家的法律体系上。见 A. von Mehren，前注［9］揭，页 xi；A. von Mehren & J. Gordley，前注［1］揭，页 x；A. von Mehren，前注［17］揭，全文各处。Cappelletti 和 Cohen 十分坦率地承认一位作者对于"如何获得正义的问题"的热诚决定了他们将焦点置于程序体系与制度上。M. Cappelletti & W. Cohen，前注［9］揭，页 viii。

［78］ 虽然功能主义直到十分晚近的比较法研究中才占据主导地位的，但是，它仍可以追溯到"奠基者们"那里。C. Montesquieu 的 *De l'esprit des loix* 以及 H. Maine 的 *Ancient Law* 都带有功能主义的印记（后者更为明显）。不过，只是随着利益法学（Interessenjurisprudenz）和社会法学的兴起，功能主义才成为比较法研究的主导范式。冯·耶林和庞德的影响不能过于强调。见 R. von Jhering，*Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*（10th ed. 1968）；Pound，"The

Influence of French Law in America,"3 *Ill. L. Rev.* 354 (1908); Pound, "Philosophy of Law and Comparative Law," 100 *Univ. Pa. L. Rev.* 1 (1951); Pound, "Comparative Law in Space and Time," 前注 [8] 揭。我对功能主义的批评得益于罗伯特·戈登的那篇明晰而有说服力的论文之多非脚注所能表达。见 Gordon, "Critical Legal Histories," 36 *Stan. L. Rev.* 57 (1984)。

[79] 在社会功能主义的许多作品中,我选择并主要依据 Luhmann 的著作,我认为,他发展出了最为系统化和精致的功能主义理论,参看 N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Recht* (1981); N. Luhmann, *Soziale System—Grundriss einer allgemeinen Theorie* (1984)。

[80] 我们可以辨别法律功能主义的三个主要分支,它们代表着社会工程论主题的变种。法律"反应论者"认为法律满足着社会的需要和利益,因而强调法律改革,使得法律制度适应变化着的社会-经济环境。通常他们将焦点置于"发达的法律制度"之上。例如可见 K. Zweigert & H. Kötz, 前注 [1] 揭, 27—31 页; O. Kahn-Freund, "Comparative Law as an Academic Subject" (1965)。"能动论者"强调法律在导致社会变革方面的主导作用;他们尝试运用法律改变社会。"法律与发展运动"正是社会-法律能动论的典型代表。例子可见 Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement*. "相互依赖论者"将法律的反应与能动两种性质相结合,倡导修修补补——即渐进的法律改革和通过法律的社会现代化。对功能主义比较的最系统的描述(也是这里的概括所依据者)由 Zweigert 作出。见 K. Zweigert & H. Kötz, 前注 [1] 揭, 1—41 页。他们通过分析"世界上的法系"而发展了功能主义的范式,同上, 57—380 页,并且将其运用于对契约、不当得利和侵权行为的分析之中。对此的批评,见 3 L. Constantinesco, 前注 [1] 揭, 页 iii, 54—68。

[81] 见 K. Zweigert & H. Kötz, 前注 [1] 揭, 页 25。

[82] 同上, 页 3—4。

[83] 同上, 页 31。见 Zweigert, "Die 'Praesumptio Similitudinis'

als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode," 载 *Inchieste di Diritto Comparato—Scopi e Metodi di Diritto Comparato* 735 (M. Rotondi 编，1973)；Lepaulle，前注［20］揭，页 852。

［84］ Gordon，前注［78］揭。

［85］ K. Zweigert & H. Kötz，前注［1］揭，页 25。

［86］ Rabel，前注［4］揭，页 89。

［87］ K. Zweigert & H. Kötz，前注［1］揭，页 36—37。

［88］ 同上揭，页 39。见 Lepaulle，前注［20］揭，页 852；R. von Jhering，前注［78］揭，页 15。

［89］ MaDougal，前注［17］，页 926。

［90］ Merryman，前注［80］揭，页 482。

［91］ 见前注［77］揭及其相关内容。

［92］ 这里为批判的阅读提供一些例证：威格摩尔的对其他民族的（法律）生活的"逼真的描绘"不时地会得到来自他自身（法律）文化的妙喻的补充：北条泰时忽然被比作"一位真正的爱德华一世"。儒家政治哲学的基本信条被说成是"我们自己信条的翻版"。英国在印度的殖民统治据他说是宽厚仁慈的。J. Wigmore，前注［36］揭，页 xi，145，215，272，475（着重号系引者所加）。

教科书作者们则接近于承认比较法材料的选择和描述并非完全客观，而是受到了他们的经验和教育的（如非其他）目的的影响。尽管如此，他们中的大多数仍声称呈现的内容代表了"相关的"或"主要的"法律体系和传统，其中几乎毫无例外地包括他们本国的法律体系。通常——在分析法学方面总是如此——分类框架由本国法律文化提供。尽管作者们声称让列举的材料自己说话，但是作者的议论，即"附加言论"，却易于成为危险的补充，因为它们似乎要让材料使用比较法学家的声音说话。现代比较法学家，尤其是比较宪法与公法领域的学者，依赖实体与程序的两分。他们试图仅仅比较文化上"中立的"法律程序与制度"解决"视角的问题。麦克维尼区分了"制度与程序的价值中立的记录和实体方面的伦理文化的相对性。"这一区分意味着清除了集中于形式与程序方面的比较法

研究的文化偏见。E. McWhinney, *Constitution-making: Principles, Process, Practice* 6 (1981). 又见 Z. Nedjati & J. Trice, *English and Continental System of Administrative Law* (1978); M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (1969); F. Goodnow, *Comparative Administrative Law* (1893)。"程序论者"和"制度论者"通常都声言其比较研究的中立性，因为法律程序与制度（法院、司法审查、民事程序等）在各种文化中都履行着同样的或曰可比较的功能。比较法的另外一个分支运用自然法理论于其研究，它容许比较法学者辨析"超越国家界限"的实体法律原则（自由、人权、基本价值等），并因而使特定的文化传统与视角中立化。见 E. McWhinney，上揭，页 7－8，89－90（"开放社会诸价值"）;M. Cappelletti，前揭，页 v－vii（基本价值）;Claude, *Comparative Human Rights* 一书导言，页 ix (R. Claud 编，1976)（对自由的热爱）。

[93] 将"危险的补充"分析应用于法律学说，并用应用得既严谨又精采的例子，见 Frug, "The Ideology of Bureaucracy in American Law," 97 *Harv. L. Rev.* 1277 (1984)。

[94] 见 C. Evans-Pritchard, *Witchcraft, Oraches, and Magic among the Azande* (1937); *Modes of Thought: Essays on Thinking in Western and Non-Western Societies* (Horton & Finnegan 合编，1973); *Rationality* (B. Wilson 编，1970); R. Bernstein, *Beyond Objectivism and Relativism-Science Hermeneutic and Praxis* (1983); C. Lévi-Strauss, *Tristes Tropiques*（英译本，1986）。

[95] 见 Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" 35 *Colum. L. Rev.* 809 (1935); Llewellyn, "Some Realism about Realism," 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1930－1931); J. Frank, *Law and Modern Mind* (1930)。

[96] 见 Gordon, "New Developments in Legal Theory,"载 *The Politics of Law: A Progressive Critique* 281 (D. Kairys 编，1982)。

[97] Trubek, "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism," 36 *Stan. L. Rev.* 575, 577－79 (1984)。

[98] 一些比较法学家仿佛意识到了不确定性的难题，因此着意强调过程和程序、法律形式以及涉及实体观念和规范的关系。例如见比较法方面的教科书：J. Merryman & D. Clark，前注［9］揭；M. Cappelletti & W. Cohen，前注［9］揭。

[99] 见 Zweigert & Kötz，前注［1］揭，页 16，19—21，25，30—31，39。"并列论者"至少暗示在种种表面差异之下，存在着普遍的风格。

[100] 见 M. Cappelletti & W. Cohon，前注［9］揭，页 563—622；W. Murphy & J. Tanenhaus，前注［61］揭，页 409—42。

[101] M. Cappelletti & W. Cohen 精心设计了法律问题，但 W. Murphy & J. Tanenhaus 只作了一个简短的描述。综合性的讨论见 Kommers，后注［105］揭。

[102] 这乃是法官确实（必须）主张确立或确认他们权威所要做的："当然，我们的任务就是依据不受制于情绪和预言的宪法尺度解决这个问题。"Roe v. Wade，410 U. S. 113，116（1973）。"宪法法院可以审查……［涉及堕胎的］立法性条例，但只是就它们与基本法的相容性予以审查。"39 Bundesverfassungsgericht［BVerfG］1（1975）。

[103] 将 Morgentaler v. The Queen，53 D. L. R. 3d（Can. 1975）与法国宪法委员会 1975 年 1 月 15 日的判决相比较（引自 M. Cappelletti & W. Cohen，前注［9］揭，页 577—79）。二者均强调司法警告，并分别断言立法决定可以规定是限制还是许可。

[104] 见 Ely，"The Wages of Crying Wolf：A Comment On Roe v. Wade，" 82 *Yale L. J.* 920（1973）（批评司法能动主义）；Tribe，"Foreword：Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law，" 87 *Harv. L. Rev.* 1 (1973).

[105] 见西德联邦宪法法院关于堕胎改革法方面的判决，39 BVerfG 1（1975）。又见 Kommers，"Abortion and Constitution：United States and West Germany，" 25 *Am. J. Comp. L.* 255（1977）。

[106] Roe v. Wade，410 U. S. 113（1973）。将 Reo 案与意大利宪法法院的一项判决相比较，后一判决见 Carmosina 等，20 Giur，Ital. 117

(1975年2月18日)。又见 Doe v. Bolton，410 U. S. 179 (1973)；Maher v. Roe，432 U. S. 464 (1977)。关于该问题的范例性权利论争，见 *The Rights and Wrongs of Abortion* (M. Cohen，T. Nagel &T. Scanlon 合编，1974)。

[107] M. Cappelletti & W. Cohen，前注 [9] 揭，页 584。

[108] 同上揭，页 607，608，614。

[109] 同上揭，页 615。

[110] 同上揭，页 622。

[111] 见 L. Gordon，*Woman's Body，Woman's Right：Birth Control in America* (1976)。

[112] 对于法律著述所忽视问题的讨论可见上揭，第1、13章；N. Chodorow，*The Reproduction of Mothering* (1978)；D. Dinnerstein，*The Mermaid and the Minotaur* (1977)。

[113] 批判的比较也展现了女权主义运动倡导"生育自主"权的自由主义遗产。见 L. Gordon，前注 [111] 揭，页 403—18。

[114] 对关于历史的统一论说的一个批评，见 M. Foucault，*L'Archéologie du Savoir* (1969) (英译书名：*The Archaeology of Knowledge and the Discouse on Language* (1972))。

[115] 见 Frankenberg，前注 [51] 揭，第3部分。

[116] 见 E. P. Thompson，*The Poverty and Theory & Other Essays* 96 (1978)。

[117] Gordon，前注 [78] 揭，页 109。

[118] 同上揭，页 112。

格雷·多西

法律哲学和社会哲学的世界立场*

梁治平　译

一、问　题

有关社会和法律的哲学辄倾向于要求具有普适性，而当这类哲学实际影响于历史事件时，其普适性主张则可能有好的和坏的两种结果。一方面，普适性的主张能够鼓励和引导众人参与同样的社会和法律制度并为这种参与提供正当依据，舍此则人们无法携手合作。另一方面，如果两种或者更多的社会和法律哲学竞相主张互相排斥的普适性，结果就可能招致包括战争、战争威胁和耗资巨大的持续备战的一系列冲突；造成诸如游击战和恐怖主义的其他形式的暴力；带来政治的、经济的和文化的冲突和屈服；不用说，它还会使得想要建立公平的社会和公正的法律制度的人感到困惑和受挫。因此，问题就在于如何限制各种社会和法律哲学对于普适性的主张，以便实现其好的结果和避免其坏的结果。

* 本文译自《法律、文化和价值》(*Law, Culture, and Values.* Sava Alexander Vojcanin ed.，Transaction Publishers，1990)。

二、作为一种世界观的法文化

确立限制的第一步是要找出一个框架，其中，要予以限制的各种事例都属于同一类。我杜撰了“法文化”(Jurisculture)这个词是要表明，社会和法律的哲学将不被看成是纯粹的观念体系，而是组织和维护人类合作诸事例中安排秩序的方面(ordering aspect)。所有组织和维护人类合作的事例都被包括进来，这样就可以提出一种世界观，以之为基础去确定对于各种社会和法律哲学普适性主张的限制。

法文化采取建立在朱利安·赫胥黎(Julian Huxley)、皮埃尔·太尔哈德·德·夏尔丹(Pierre Teilhard de Chardin)以及雅克·莫诺(Jaques Monod)[1]诸人思想基础上的进化论观点。根据这种观点，所有生命形式都竭力要获得对于地球上生命机遇的充分利用；进化的方向始终是指向愈来愈复杂的组织，对生命机遇更加有效的利用因之变得可能；社会乃是超越个别有机体而朝向有机体之间合作关系的组织的伸展。按照这种理解，社会即是由一系列个体完成的辅助性和补充性活动前后相续或同时的展现。在人类出现之前的生命形式里面，一系列个体因为形态适应和特化的自然过程而被限定于各种特定活动，社会就产生于这种限定性。人类则不同，由于已经获得了一般性结构、累积日增的智力和极大的行为可塑性，人类运用文化手段来使个体胜任各种特定活动，保证完成计划好的活动和阻止分裂的或破坏性活动。法文化运用于对建立和维护社会和法律制度过程的比较历史研究的，就是以上述及的这种进化论观点。由

这一立场出发，可以提出下列问题：

1. 世界的本质〔被认为〕是什么？

2. 在这样的世界里，什么是最可欲的〔生命机遇，至善?〕

3. 可欲的目标能否通过个人努力达到，或者，只能通过社会组织和社会行动实现？

4.〔在这样一个世界里〕可知的事情怎样才能够为人所知？

5. 所有人都〔被认为〕能够获得这种知识还是只有一部分人有这样的能力？

6. 如果只是一部分人，他们怎样被鉴别出来？

7. 应该如何分配决策以确保那些将严重影响全体人安全与福祉的决定是由能够作出明智决断的人来作〔根据特定世界中的特定主题〕?（对这个问题的回答决定社会的组织）

8. 应当采用什么样的制度、标准和程序以建立和维护那个由对上述诸问题的回答所指明的社会?（对这一问题的回答决定法律制度的组织）

9.〔对于社会和法律制度的组织及运作而言〕什么是权威的基础？

三、研究规划

这次世界大会的主题是“当代法的概念”。从这里提出的法文化立场上看，这个主题涉及到现今建立和维护人类合作诸事例的安排秩序方面。自然，今天要把安排秩序观念（ordering ideas）应用于人类活动，更多是与维护而非建立人类合作有关。但是，如果从社会和法律的形成过程看，法文化的世界观会更

容易理解。所以，下面将从法文化上诸问题出发，对从公元前600年到公元400年这一千年里面三个文明——西方、印度和中国——中社会和法律的形成过程作一扼要考察。然后，我将简单地追溯这些安排秩序观念后来的历史发展，一直到现代。对于产生于早期西方文明中的自然法理论在现代的发展，我会谈得更详尽一些，因为这一段历史是一个很好的例证，表明一种普适性主张能够对于人类事件产生巨大影响。这种追溯同时也是要以法文化诸问题为据，检视当代关于现代自然法和实证法的各种观念，这些观念系由古代和中世纪自然法发展而来。接下来，还要用法文化诸问题去考辨马克思主义法学，并对其普适性主张予以简要说明。最后，关于限制各种社会和法律哲学的普适性主张将会得出若干结论。现在我手边的这篇论文只是就我多年来在法理学课堂上讲授过的关于诸社会和法律制度形成过程的比较历史研究的极尽简略的概述，我希望你们会看到，那些在这里一带而过或是略去了的问题，在我正撰写的著作里会得到适当的讨论。

四、从法文化立场看社会和法律的形成过程（公元前600年—公元400年）

（一）希腊/罗马

人类生活在他们信其所是的世界之中。奥特加·伊·加塞特（Ortega Y Gasset）教导我们，流行的信念起初只是观念，但它渗透于一个民族的意识之中，直到造就出需要认真对待的与它相像或并不相像的实在本身。[2]对于古希腊人来说，实在乃是

外在的物质世界。有一个时期，造成那个世界中活力与秩序的原因被认为是身在事物之外而又推动事物的拟人化的诸神。[3]而自公元前六世纪开始，这种看法被一种源自希腊自然哲学家尤其是巴门尼德斯（Parmenides）和柏拉图（Plato）观念中的信念所取代，据此，外部世界的特征在于它是一种首尾一贯的、恒久的和客观的普遍理性秩序，这种秩序能够为人类所认识。[4]控制物质活动而从中得益即是至善，最值得称道。这种控制不可能单凭个人努力取得。耕作、贸易和战争都要求许多人的有效合作。斯多葛派创造出这样的观念：所有成熟的人类都具有认识自然理性秩序的同等能力，并且同样地负有服从这种秩序的义务。

在罗马共和国后期，当这些观念成为罗马流行的信念，社会就被完全地重新组织起来，罗马私法则被当作自然合理秩序中的惯例创造出来。在人们相信拟人的诸神使得谷物生长的时候，享有接近诸神特权的家父被赋予大权，能够就家族生存和福利所赖的土地的使用作出专擅的决定。因此，土地属于代代相续的家族；在世的家父并不拥有土地，并且不能够生前或以遗嘱转让土地。后来的家父并非继承财产，他所继承的是原先家父的有活力的人格，就是这种人格使他能够与诸神交通。女儿和年龄较小的儿子从不具有与诸神交通的权力，因此也无权作出任何重要决定，尤其是那些与土地使用有关的决定。然而，当罗马人逐渐相信他们生活在一个理性世界里面，而且，所有成熟的人都能同样地认识这种理性秩序和同样有服从它的义务，这时，上述所有情形都发生了变化。既然任何人都能够知晓植物生长和畜牧的自然原理，只要愿意，什么人都可以拥有和管理一个农场，理性人的自愿同意而非邀约神意的程式，创

造出有约束力的法律义务。所有的人，因为能够预见其行为的后果，所以皆负有不侵害他人的义务。蕴含在理性人平等性里的这些和其他原则在罗马社会的各个方面以及罗马私法的实际内容中得到贯彻。[5]

或许，罗马私法的新的结构比它的新的内容更要来得重要。对于巴门尼德和柏拉图式的首尾一贯、恒久和客观的普遍概念的人类经验的日益增长，使得整个地中海世界的人有可能在一个单一的法律制度下生活和劳作。宗教、出生地、种族或者习惯上的差别不再是重要的，因为所有的人类到处都是一样地秉有理性。所有人类都属于一个国际都市，并且服从一种法律。法律上的人成为（并且保有）一种抽象概念，与之关联的可能是自然人或是拟制的人，在每一桩交易中，法律的人都明确赋有在比如出卖人、买者、抵押人、受押人以及诸如此类划定范畴中指定给当事人的权利和义务。这种私法共同体从城邦国家一直扩展到当时已知的世界。[6]

重组罗马社会和法律的权威的基础乃是真理。社会和法律的规定性秩序（prescriptive order）与人类的意愿无关；它是客观和普遍的自然秩序的一部分，只能够通过正确运用人类理性来发现。拒不接受这样一个社会，拒不服从这样一种法律制度的统治，那就等于否认星辰是在它们的轨道上运行，否认相同的结果出于相同的原因，否认人类赋有理性。

（二）印　度

佛陀的时代（公元前 563 年—公元前 483 年）是印度哲学的大觉醒时期，在这一时期，批判性的思想和逻辑分析取代了诗歌和教条。这一大觉醒不但标示着佛教的开端，而且意味着

耆那教的复苏和印度教六大系统的形成。[7]这些和其他那些同时兴盛了数百年的印度哲学派别有许多不同之处，但是除了斫婆伽派的唯物主义之外，它们又具有某些共同特征。印度哲学起始于对于苦难的关注，然而它们又提供了逃脱苦难的希望。佛陀的“四圣谛”表达了所有印度哲学派别的观点：存在有苦；受苦有因；苦因可灭；灭苦有道。[8]

对于生活在欧洲或者那些有着同样文化传统的国家里的人来说，致力于灭苦不过意味着诸如增加粮食产量和控制疾病一类事情，但是印度人的灭苦之道却与此大不相同。大约六十年以前，一个在纽约居住了若干年的印度人回到印度并且找到了他年轻时追随左右的圣人。场院里增设了一所医院和诊所，这是那些患病时曾蒙这位圣人照顾的感恩者捐献的。这位圣人深悔新设的医院，因为，出于怜悯，他和他的弟子为疗救病患已经不再沉思默想，这样一来，“由于行善便阻止了他们的灵魂进化”。[9]

对欧洲人来说，因为行善而阻止一个人的灵魂进化，这是一种奇怪的观念，但是这个观念却直截了当地揭示出西方与印度两个文明对于实在的不同看法。印度人的实在无法感知，但是能够被直接经验到。接近印度人的实在的方式在于，避免运用理智探寻直接经验之外的东西，避免使用感官探求直接经验以内的东西。印度哲学帮助不同的人改变自我的力量以便能够达到体验实在的目标。自我的较低级部分，比如心智、感官、身体诸功能、言语和行动等必须受到约束，并被置于自我的最高部分——灵魂的控制之下，这样，所有的思虑、行为、言辞、感觉和欲望都被导向去除一切灵魂与实在之间屏障的方向。苦存在于生命的每一刻，那里，思虑、行为、言辞、感觉和欲望都

是处在无知的支配之下，也就是说，都被导向构成灵魂与实在之间屏障的变异和分化。甚至行善也会是一种生命的变异，它使得灵魂发生偏离，无法与生命本身相联结。只有当灵魂从对各种变异的依恋中解放出来而与实在相联结，方才不再有苦，这时获得的乃是纯粹、彻底、绝对和无差别的生命。

灵魂发展是一种孤独的事业。它不能靠分工来加速或者改善。每一个灵魂都必须靠专注、沉思和自我控制获得解放。灵魂解放即是最高目标，单靠个人努力就可以达到这一目标。在罗马，社会的重建和私法的创造乃是建立在一种社会伦理上面，如果运用了“正确理性”，也就是说，如果本体论的假定是真的而且推理正确，那么，社会和法律制度的规定性秩序对任何人都是客观上有效的。个人偏好不但会因为他人的个人偏好或既有习惯而无效，而且会为客观真理所压倒。那些规定性原则(prescriptive principle)或规则据以建立的前提和逻辑能够（也曾经）被公开和明确地予以陈述，推导过程亦可以不断重复，这就使得其他人能够指出错误所在。

印度社会及其法律制度的基础不能是社会伦理，因为获致解放是一种个人事业。规定性原则亦非普遍有效。印度式实在的存在，还有解放的可能性，这些为所有印度哲学派别所共同认可，但是，每一个灵魂都只能根据其较为低级的自我的特殊性、以与之相适应的方式去求取解放。因此之故，有的哲学强调服从权威，有的则强调逻辑的重要，还有的则推重对于身体各种机能的控制。无论哪一种哲学，在那些从中获得助力而趋近于解放的人即是真实的，反之则是不真实的。总之，由公元前六世纪系统的思考中萌生出来的印度人关于实在和最高生命机遇的流行信仰并未产生一种对于印度社会及法律制度普遍有

效的规定性秩序。与罗马不同，印度没有经历建立在一种新实在观的规定性含意（prescriptive implications）基础上的社会和法律的根本性重组，而是维持着一个产生于入侵者强加的从属关系和靠习惯来维系的社会。

建立在权力、慎思和习惯基础上的印度社会因为三种概念而比在其他情况下更容易被人们所接受。社会阶层的划分和各个社会阶级的利益和义务分配被认为并非出于人类意志，而是神圣或至少是超人的（metahuman）立法者所为。每一个人在社会中的位置，他或她努力的成功或者失败，都是他或她此生和前世行善或是为恶的结果。虽然在通过对哲学的领悟而发现解放的可能性以前争取出生在三个高级种姓中间是必要的，但是，靠了与终极实在相联，每一个灵魂都具有同样的获取解放的能力。

统治和实施法律的权威的基础是运用强力的种姓的义务。运用强力乃是刹帝利种姓成员即国王们的目的、职责和义务。正像在《薄伽梵歌》里阿周那（Arjuna）被告知的那样，国王拥有随意运用的武力，放弃使用武力即是失职。国王权力的合法性及于他能够征服的所有土地和民族。在他的王国里面，国王须要惩处违反种姓义务之人，帮助每一个灵魂向上，再生于生命的更高位阶，直到生为和再生为最高种姓即婆罗门，这时，灵魂将有更多沉思和自我控制的可能，并且因此更容易获得解放。如果国王未能通过惩罚违法情事而给予灵魂以帮助，那么，他本人就要承受其臣民的某些败德。[10]

（三）中　国

对于中国人来说，感知到的世界只要合乎秩序即是真实的，否则就不够真实。定义的根据不在“是什么”或“做什么”，而

是“应当做什么”。本体论与道德乃是实在的不可或缺和无法分离的方面。宇宙中只有一种秩序，而且它具有规定性（preseriptive）。[11]名称暗含了规定性的功能。儿子是按照某种公认方式服侍父亲的男子。树木则是挺立向上和提供荫凉的巨大植物。只要宇宙万物都能够与名相符，全面的和谐就将实现。

中国人的全面和谐不是抽象的和理性的，它是具体的和情感的。早期想要引出对于全面和谐感性经验的典型场合乃是长夜(the long night)，这是从 354 天的太阴年结束到 366 天的太阳年结束之间有 12 天之长的一段时间，其间举行各种宴会、饮酒比赛和竞赛。[12]春节之际则有许多人举行婚礼。[13]对于全面和谐的经验即是遵守宇宙规定性秩序的动力。甚至时空也是规定性的，也要靠对于全面和谐的记忆和渴望来维系。时间和空间被看成是事件应当根据宇宙秩序发生于其中的场合，对于每一具体的造物或者事情来说，这种宇宙秩序即是“道路”或“道”。人类负有特殊责任，因为他们能够助成理想的秩序，也就是天道，使之布于大地，使万物依其规定性的名称所示得到完满的实现。如果人类心意不诚，且不能循礼而为，以至悲伤、荣耀、尊敬、欢悦、敬畏、互爱以及欢乐诸般情感不能够适度地和在相宜的场合发出，空间就会淡化，时间就会弱化。周期性地举行情绪热烈的公社活动更新了对于全面和谐的感性经验，使空间和时间复原，并且强化了遵守宇宙秩序的动力。在年终长夜的节庆期间，公社内的经验是如此强烈，空间与时间又是如此集中，以至这一段时间被认为与全年有同样的意义。[14]

宇宙的规定性秩序为人类所发现并不是靠着理智，而是靠感受力(sensitivity)。为了发现此前从未在几何学或结果上的近似中观察到的诸现象之间的有效联系，人们发明了精巧的方法。

一系列范畴被用来指示诸多感觉到的现象。这套范畴系列包括阴阳、五行、十干、十二支、若干动物、方向、时辰、八卦和六十四卦。[15]用于这些范畴的数目字并不具有基本的、顺序的或周延的意义，它们乃是符号。数字排列表示这些数字所代表的现象之间可能有效验的联系。比如，把出于方形（地）的十进位系列的数字排列在成于圆形（天）的十二进位系统的数字之上，就可能表示北方、冬至、妊娠、黑暗、午夜、种子以及妻子的睡床之间的有效验的联系。[16]

通过数字符号的演示所指出的许多联系毫无疑问是没有结果的，但是，中国人发明的记录却表明这种方法乃是系统地探究感觉到的世界的潜力的一种形式。[17]将某种桑树的上好内皮浸泡于水中即能造出纸浆，把纸浆铺展成薄片焙干，就造成了适于在表面书写的柔软的纸张。中国人发明了纸。把一小柄尖角的铁器安装在矿体上面，使得铁针始终指向北方。中国人发明了磁罗盘。感觉到的现象的局限性可以解释李约瑟称之为神秘的现象，即中国人对于自然有过精细的经验研究，早期曾做出过许多重要发明，但是未能继续而做出近代科学的发现和发明。[18]其中原因在黑色火药与强棉药之间的差别中即可见出。中国人发明了黑色火药，这是硝石、木炭和硫磺的机械混合物。强棉药则不同，它是一种化学合成物，其中最具爆炸性的成分是 $C_{12}H_{14}O_4(NO_3)_6$。要发明强棉药，须要超出对感觉到的现象的研究，而进到对不可见的原子和分子的研究。这项工作只有等待西方科学来完成。[19]

宇宙规定性秩序中关乎人类相互关系的部分可以主观地予以检验。其方法见于《中庸》，这部经书是这样开始的：

天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。道也者，不

可须臾离也，可离非道也。是故君子戒慎乎其所不睹，恐惧乎其所不闻。莫见乎隐，莫显乎微。故君子慎其独也。[20]

《中庸》主张，君子通过培养他自身所具有的人性而把握人类相互关系中的整个规定性秩序以及其中的所有特殊之点，这是可能的。任何一个接受了西方文化遗产的人都难于理解这种看法，因为我们假定内省是建立在主观理性基础上，而我们对后者一向都是不信任的。然而必须记住，对中国人来说，把握规定性秩序并非基于理性，而是基于感受力。着眼于人类相互间关系，感受力被引向情感态度（emotional attitude），因为人们相信，与规定的态度保持一致将自动地产生伴有合宜情感的合宜的行为，全面的和谐就将被促成。另一方面，如果关于人类相互关系的规定根据特定行为确定下来，人们就会心怀怨恨而不是抱了仁慈、敬畏或者尊敬一类适当情感去做事，而要实现全面的和谐，这类情感甚至比那些行为更加重要。孔子所以反对惩罚性的律令就是因为这个缘故。

所有的人都能够在某种生活境遇中唤起他或她的情感态度，并且判断这是自私的还是利他的。所以，《中庸》说，心智简单的人亦可以参知“道”，并且付诸实践。君子能够把自己放在所有人的所有生活境遇之中，把握住与特定境遇中特定人相宜的情感态度。这样，君子就能够通过示范的作用向其他人展现为每一种境遇规定的态度，并且因此诱使他们遵从他们的道。根据《中庸》的教导，君子应当这样去做：

喜怒哀乐之未发谓之中，发而皆中节谓之和。中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。[21]

这种君子据以帮助他人循道而行的方法乃是对于各种情感态度的系统的和内省式的检视，正像“恕道”(Golden Rule) 所提示的那样，通过将情感置于同各个情境相宜的平衡之中，情感态度就变成客观之物。诚如西汉史书《史记》里著名的第22卷明白宣示的，君子的这一职责乃是治众的根本。[22]在早期传统中，使天道流入大地正是帝王的职责。孔子(公元前551年—公元前478年)具有历史意义的训示即是指出君子能够襄助帝王完成这一使命。法家主张，明示被要求行为的内容详尽的律令应当由人间统治者专断地予以规定，并且依靠惩戒来施行。大约与斯多葛哲学首次对罗马社会发生影响同时，折衷儒法的妥协主张在中国成为正统，据此，公布内容上儒家化的法律，依靠教化、礼仪和示范治民，只在最后不得已时，运用司法和惩罚手段。对于感觉到的现象之间的有效联结以及与每个人在所有生活境遇中相宜的情感态度的感受力构成了统治权威的基础。

全面和谐被认为是至高的善，或者，是最值得追求的生命机遇。单靠个人的努力不能够实现这一目标。为实现全面和谐的合作努力根据儒家伦理组织起来并为它所引导，这种伦理较社会伦理范围更广，它无所不包。所有存在之物、生存之物都有义务履行指定给它的职责，并且共同分享全面和谐的欢乐。

五、西方、印度和中国安排秩序观念的历史发展，以及对于近代自然法和实证主义法学的法文化考察

印度和中国的社会及其法律制度由上述安排秩序观念引导，中间经过某些修正和重新解释，延续了二千年之久，直到

欧洲征服者和殖民化的事实或是威胁迫使它们作出欧洲列强可以接受的改变。中国在它输掉1842年对大英帝国的鸦片战争之后开始对西方的威胁作出回应。印度在开始于十八世纪的英国殖民统治之下逐渐地和有选择地改进其社会和法律，而在此前的十六和十七世纪的莫卧尔王朝治下，它已经经历了广泛的穆斯林影响。爱杜德·库克（Edouard Cug）说，“罗马人为所有时代确立了法学思想的各个范畴。”[23]这种说法今天听上去颇有道理，因为民法和普通法制度无不全面采用了罗马的法律范畴。然而，就在我们前面提到的千年期（公元前600年—公元400年）终结之后不到一百年的时间里，罗马社会已被征服者所摧毁，他们用属人和地方的法律替代了普遍适用的罗马法。在对于教会法的影响之外，罗马私法在它被近代欧洲民族国家继受之前湮没无闻逾千年。

在罗马，自然法对于公法并无影响。在整部查士丁尼编纂成典的罗马法中，涉及公法的不足24行。然而，从十一世纪开始，教会采用的自然法学说成为所有人类共同体的公法的基础。吉尔克（Gierke）写道：

> 在整个中世纪，注定与人类等同的基督教世界作为上帝亲自建立和统治的单一的和普遍的共同体立于我们之前。人类是一个“神秘的机体”；它是一个单一的和内部关联的“民族”或“种族”；它是包罗一切的社团（*universitas*），构成包括灵界和俗界在内的普遍王国，它可以被称为普世教会（*ecclesia universalis*），或者可以被同样恰当地称作人类种族共和国（*respublica generis humani*）。因此，为能实现它的一个目标，它需要一种法律（*lex*）和一个政府（*unicus principatus*）。[24]

近代，自然法在格老秀斯（Grotius）、普芬道夫（Pufendorf）、沃尔夫（wolff）和艾默利希·德·瓦特尔（Emmerich de Vattel）诸人手中再度世俗化了。在此过程之中，出现了一种将被证明是意味深长的变化。中世纪自然法的神圣统治遭到拒斥，但是人们并未回到主张规定性秩序具有超人渊源和在法律上能够约束所有人类共同体的古代自然法观念。相反，人类主权的观念变成了通行的信仰。其结果，自然法传统一分为二。近代自然法认可了人类创造有约束力的规范的要求，但它同时又主张，这些规范只有在同自然法本体论上的假定相一致时才是正当的。这样，近代自然法就承认了约翰·奥斯丁（John Austin）所谓实在法的存在，这种法律是“在一个独立的政治共同体内根据其主权者或最高统治者明示的或默示的权威予以设定的。”[25]由于实证主义在诸新兴物理学科的成功激发了运用同样方法处理社会和法律现象的尝试，实在法变成了实证主义的法。

试图把物理学的方法应用于社会和法律现象，这种作法的一个重要结果是极力主张恢复社会秩序的命令性质。人类之前的社会以必然性为其特征，因为每一批个体的形态能力都相应于每一种活动而特化。蚁所能做的乃是它在结构上适应和特化了的事情，它不会做其他可能具有妨碍作用或者破坏性的事情。人类则不同，一般化了的结构、累积性智力和行为的可塑性为更加有效能的社会提供了潜在的可能，但是同时，这些因素也使得阻碍性或破坏性活动成为可能。在我们对于人类创造社会和法律秩序的能力开始具有自我意识之前，人类社会的缺少必然性原本不是问题。选择性活动遭到排除可以是因为相信无可选择，也可以是因为事实上没有选择。在早期人类社会中，禁

忌、习惯、图腾崇拜以及各种自然主义宗教提供了流行的信仰，据此，人类要求于自己的行动和约束似乎都是超人的实在的一部分，它必须认真看待，因为它是不可变更的。古代和中世纪的自然法也是这样一种流行的信仰，它也具有同样的效果。

人类主权打破了奴役。布莱克斯通（Blackstone）试图延续昔日信仰的生命，他争辩说，在缔结社会契约之时，那些最大限度地拥有上帝才完满具备的智慧、善德和力量的人会被选择。[26]边沁（Bentham）把这种解释视为企图为服务于极少数人利益的社会和法律秩序的长存辩护，因而予以斥责。他接受了功利的原则，因为它能满足所有人的利益。[27]人类意志一旦被承认是法律的渊源，任何一项立法都可能遭到怀疑，被认为受到立法者利益而不是客观智慧的约束。把物理学方法应用于社会和法律现象，这种作法似乎有希望恢复业已失去了的社会秩序的朴实、客观性和必然性。

近代物理科学的建立，根据怀特海（Whitehead）的说法，是由演绎的理性主义向归纳的唯物主义的转变实现的，前者通过对能够决定事物如何运动和运作的事物本性的形而上分析来寻找真理，后者则借助于观察、归纳推理和实验检测来发现真理。[28]新的方法主张，所有的意义都须要靠观察和归纳推理获得，没有一种出自仅为理性所知的本体论或形而上假定的意义能够成为被观察的事实。然而，如我们所见，在比如查丁士尼《学说汇纂》里关于《阿奎利亚法》的讨论中，罗马斯多葛哲学家和法学家正是通过把隐含在自然法本体论假设中的意义变成人类活动的知觉过程而创造出罗马私法。罗马法学家把自然法本体论上的各种假设，比如有形的结果有恒定的有形之原因，人类能够了解有形的原因并预知其结果，人类得控制其行动，并

且有不伤害他人的道德义务等，变成一系列日常生活中的观察：鞋匠纠正学徒、驾车人驾驭骡马、医生为病人看病、年轻人练习掷标枪、理发师为顾客理发以及其他各种活动。适用这类意义，法学家们就在观察到的活动中看到了伤害的可能性以及这种可能性的可预见性中的共同因素。他们从这些共同因素中创造出了过失的概念，为了防止不必要的伤害，他们还制定了不从事可能伤害他人的行动的法律规定。[29]

将物理学的方法适用于社会和法律现象势必放弃自然法上关于合理的宇宙、人类理性和自由意志的本体论假定，放弃为预知未来行为的对人类行为的规定性安排。然而，这些本体论假设及其意蕴在欧洲人通行的信仰中长时间占据着核心地位，以至成了——用怀特海的话说——“固定不变的本能”。[30]结果是，近代自然法和实证主义法学分析并适用由自然法本体论假设中获取意蕴的规定性原则和规则，而实证主义法学始终未能承认这些原则和规则的自然法渊源。

实证主义法学之一的分析法学忽视原则和规则的实体渊源，它只关心这些规则和原则在适用于一系列事实情境时和与同一系统中其他原则和规则发生关联时逻辑上的一致性。[31]霍姆斯（Holmes）在他最为著名的警句中提到的正是这种逻辑一致性。他说：“确有事实表明制度的首尾一致性将产生特定结果，但是并非总是如此。法律的生命从来都不是逻辑而是经验。”[32]实证主义法学的另一支一直想要发现原则和规则经验上而非理性上的实体渊源。一个人陷于深埋于每一个人不变本能并且因此渗透于西方文明各个方面的自然法本体论假定之中，在没有意识到这一点的情况下他能够注意到什么样的经验呢？实证主义法学能够（也一直是）求助于日常语言经验，社会关系的内

部秩序，历史，共同体关于基本公正和正义的看法，以及，感觉到的时间必然性。实际上，从布莱克斯通开始，自然法理论家为了借助于科学的声望有时宁愿去发掘原则和规则经验上的实体意义。[33]

六、主张普适性的自然法的影响

认为欧洲社会和法律的规定性秩序对世界上所有的人尽皆有效，这种欧洲人的流行的信念并未因为近代自然法遭受挫折而稍减，实证主义法学的理论家一直都在捍卫着这一信念。欧洲对世界的探查始于由基督教世界的教会公法向近代国际法转变的过程中。基督教世界的法律具有普遍效力，教皇对此深信不疑。1493 年，教皇亚历山大六世（Alexander VI）在佛得角群岛以西一百里处划了一条贯通南北的界线，将欧洲之外的世界分为两半。他授予西班牙对界线以西所有已经发现和将被发现的土地排他性的权利，劝说葡萄牙保有界线的东半部。英格兰、法兰西和荷兰对教皇这种划分和分配世界的权威提出质疑，建立在近代世俗自然法基础上的获取领土的国际法规则因此而发展起来。在 1648 年的威斯特伐利亚条约里，欧洲的政治家们在领土划分问题上用人类主权取代了教皇主张的神的主权。完全的统治权威不再是出于上帝，且由上帝在尘世的代理人来执掌，而是出自人类共同体。新的由国王们治理的领土国家实际上等同于罗马私法上具有理性的个人；具有约束力的法律义务源自国家首脑的理性同意，而不再是因为有经由教皇实现的神的认可。

主权由上帝转至若干领土国家，但是欧洲法律依然充分保有巴门尼德斯和柏拉图已经赋予西方文明中诸基本概念的一致、完整、客观、普遍等特性，这种法律被认为对世界上所有的人都有效。任何不是按照自然法本体论假定的意蕴组织起来的社会都不能像一个理性人那样去行动，亦不能为国际社会所承认。只有获得这种承认的国家才具有法律能力。因此，有关获取领土的国际法规则规定，凡未为欧洲国家占有的领土均为无主物（*res nullius*），任何一个欧洲国家都可以占有它，就好像它是无人居住的一样。[34]新被欧洲人发现的土地上的民族，无论其社会在文化上怎样发达，都不具有法律上的存在。通过占领，欧洲国家瓜分了东、西印度群岛，南、北美洲大陆，非洲，澳洲和印度次大陆。奥图曼帝国、波斯、暹罗、中国和日本未被全部占领，但都接受了治外法权和其他外来特权。1492 年时，欧洲国家控制了地球表面的百分之九。第一次世界大战前夕，欧洲国家控制了地球表面的百分之八十五，其中居住了世界百分之七十的人口，不在欧洲直接统治下的民族也都处在接受欧洲关于社会和法律诸理想的强大压力之下。[35]

使世界欧洲化成为可能的力量绝不只是武力。在第一次世界大战以前的一个世纪里面，欧洲的科学和技术增加了粮食产量，根绝了某些地方性疾病和使另一些疾病得到控制，降低了婴儿死亡率，延长了人类寿命，提高了识字率，并且极大地增加了人类努力所能带来的成就。生存条件的改善带来人口的大量增长；第一次世界大战前一个世纪里移居世界各地的欧洲人超过了六千万。欧洲给予世界各民族使之自愿或是被迫接受的理想在很多方面是值得赞许的。在从威斯特伐利亚条约到第一次世界大战的二个半世纪里，这些理想指导之下的社会和法律

制度始终朝着这样的方向发展，即以法律权利取代个人恩惠，独立取代服从，科学调查取代权威，代理制的和受控的统治权威取代绝对主权，自由思想取代正统观念，宗教宽容取代国教，个人功绩和表现取代出生或高位。在实证主义法学取代自然法学成为占统治地位的理论的十九世纪，上述发展方向并未改变，这一事实表明，这些理想和制度并未摆脱以现代自然法和实证主义法学二元形式表现出来的自然法。在第一次世界大战前夕，所有的民族都期待或渴求被当作自主和理性的人来对待，在作出政治决定方面，在从事商业或职业的机会上，以及在思想、言论和信仰自由方面取得平等，或者，即使他们实际上没有这种渴望，他们知道，倘要避免永远的政治屈服和文化劣等的污名，他们最好也作出这样一种姿态。民主、私营企业和民权乃是未来的浪潮。

第一次世界大战加强了自然法的各种理想和制度的历史影响。在战争前夜，生活在君主专制体制下的欧洲人比生活在民主或君主立宪体制下的更多。奥地利、德意志和奥图曼诸帝国在战争中毁灭了，由其领土转生出来的新国家都变成了实行宪政的民主国。而在旧的民主制和君主立宪制国家里，战后都出现了选举权和经济机会的扩大。国际联盟的托管地制度将下面的假定正式化了，即尚未有效欧洲化的民族不配享有政治独立。

七、对马克思主义法学的法文化考查

第一次世界大战期间，俄罗斯帝国崩解，马克思主义法学开始其历史行程。从法文化的立场出发去考察马克思主义法学，

将从这段与上述其他安排秩序观念体系相比乃是非常简短的历史中得到什么样的结论呢？首先，马克思主义法学所设定的实在乃是对自然法上设定的实在的修正，而不是一种全新的选择。外部物质世界乃是重要的实在，然而其特点不是一个固定不变的秩序，而是一个正在形成的秩序。目的论也是一种修正而非创新。对于物质事件的控制仍然被奉为至善，但是在这个范畴里有一个特别的批判性焦点。十九世纪中叶，马克思注意到工人在当时工业化条件下遭受的痛苦，他确信那种剥夺劳动者和使其沦落的经济匮乏不能够长存，他揭示了一个没有人剥削人的社会的可能性，并且敦促世界上的受压迫者起来建立一个新的社会秩序。

马克思主义法学的认识论和本体论的人性要素是令人困惑的。在早期西方、印度和中国诸文明，本体论的人性要素是那种使人类能够把握住实在的能力，它可以是理性，可以是灵魂发展，也可以是情感上的感知力。而在马克思主义法学里，本体论的人性要素是什么呢？在《德意志意识形态》一书中，作者告诉我们，人类可以因为意识或者宗教而与动物相区别，但是，人类使它自己区别于动物靠的却是生产其生存手段。[36]因此，人类所具有的最重要的能力就不是思考、沉思或情感的平衡，而是生产活动。然而，在马克思主义法学本体论里，生产活动并不是人性要素。就生产生存手段这一点来说，所有劳动者都是平等的，但是根据历史的马克思主义法学，作出重要决定的只限于极少数人。是什么使得这极少数人能够把握住正在形成的实在的秩序及其对社会和法律规定性秩序的潜在意义？据说，那些懂得历史唯物主义的人能够把握住实在及其规定性意蕴，据称他们能以科学的可靠性做到这一点。但是当这极少

数人的权威受到质疑，辩护一方却并不是去证明对历史唯物主义的理解已经正确地执行了，并且公开展示从本体论假设到规定性概念、原则和规则的推理环节，就像我们在罗马法学家的记录中所看到的那样。相反，辩护的理由是，掌握权力的极少数人科学地、分毫不差地知道工人或者劳动者的利益所在。生产活动被用来辨识劳动者集团，在历史唯物主义的现阶段，这个集团的利益注定要占上风。但是，那种使极少数人能够了解随着历史唯物主义展开而显彰的实在秩序以及终将符合生产者或劳动者利益的实在所包含意蕴的模糊不清的人类能力究竟是什么？

根据马克思主义的法学而执掌权柄的人自然都会履行其献身于无剥削社会理想目标的职责；由于对其批评通常被认为是对劳动者利益的背叛，他们就能保住权力；以及，那些当权者竟然没有关于人性的可以相比于自然法上人类理性和自由意志的本体论假设，从中他们可以得出适合于能合理地期盼为上述理想目标服务的规定性概念、原则和规则的含义，这都可能吗？把马克思主义法学本体论的人性要素所蕴含的意义应用于可见的人类活动，就像《阿奎利亚法》的作者所做的那样，并且用与随着历史唯物主义展开而显露的新的实在相宜的新的和不同的概念去取代过失和所有其他罗马私法上的概念，这又是一种什么样的社会主义国家的国家和法律制度呢？

八、马克思主义法学对普适性的主张

历史的马克思主义法学坚称其有效及于世界各民族。像

在自然法那里一样，这一点可以由有关权威有效性的国际法规则见出。根据格老秀斯等的重新世俗化的国际法规则，主权根据领土来分配，也就是说，一个欧洲国家对于领土的有效的外部控制被其他欧洲国家承认是建立了对于该控制的合法性。[37]在以前遭受殖民统治的民族取得政治独立并且在世界国家体系中加入到以前的宗主国中的那段时期，这一直是普遍被人接受的国际法规则。[38]历史的马克思主义法学拒不接受这一国际法规则。根据苏联科学院国家与法研究所为法学院编撰的《国际法》教科书，国家主权是一个阶级范畴，它有别于人民主权和民族主权。每一个民族(people)和国族(nation)都拥有自决权。自决存在于摆脱了资产阶级帝国主义控制的民族或国族。因此而实现其自决权的民族或国族是独立的，并且和所有其他民族是平等的。一旦平等和独立的民族或国族组成国家，人民的和民族的主权就会与国家主权合一，此后试图改变该国社会制度或政府的作法即是对国家主权的侵犯。但是，尚未实现这种自决的民族或国族仍然有权这样做，任何改变社会制度或是政府的尝试也都不是对该国主权的侵犯。[39]党对于国家的优势地位，以及马克思主义法学对普适性的主张，在1960年11—12月间于莫斯科召开的八十一国共产党代表会议的宣言中可以见出。任何一国共产党，不管在其国家中是否为执政党，都对世界社会主义体系负有义务。执政的共产党彼此间有着社会主义的国际主义关系，它们同没有执政的共产党保持无产阶级的国际主义关系。共产党执掌的国家与其他国家之间则是和平共处的关系。[40]

九、问题的解决

最近的进化理论表明，日益复杂化的组织使对生命机遇更为有效的利用成为可能，许多人类以前的生命形式发展了超越有机体的复杂组织的优长以建立和维持有机体之间的合作关系。人类社会的独特处在于，其有机体具有建立和维持合作关系的方向性和控制力。

在人类以前的生命形式中间，生物个体在结构上适应于和特化于它们将生存于其中的特定环境。比如，不同种类的昆虫可以生活在地面；在植物的叶、根和枝干上；在淡水里；在热带雨林，北极冻原，干燥的沙漠，山地，海岸边；并在动物和更大的昆虫体内。不同种类的昆虫可以走、跑、跳、飞、游水和打洞；可以食植物、动物、死亡的有机物或是寄生于他物。为使各种昆虫能够生活在这些不同的环境里，自然的形态演进创造了大约 450,000 个昆虫种类。

没有一个人类的种族需要爪牙来满足食肉的欲求；他们不需要一个反刍的胃以便在危险处迅速地吃草而在安全处慢慢地消化；他们不需要适合于捕食海上浮游生物的肺、嘴和胃，像鲸须鲸那样；他们也不需要有带翅的和小巧的身体以捕捉飞虫。因为有一般化的结构，累积性的智力以及极大的行为可塑性，人类必须借助于文化手段把自己武装和组织起来，以在不同的环境中生存和获得发展。

每一种生命形式都在环境中找到其合适的位置。从生活在那里的造物的角度看，环境上的合适位置即是全部实在，而且

是唯一的实在。但是从所有生命形式的角度看，每一种环境上的合适位置不过是整个实在的一个部分。如果有创造概念和说话的能力，蚂蚁就会描述与蚁穴相应的实在，蜜蜂也会描述与蜂巢相应的实在。如果蚁类采取这样的立场，即认为它所描述的实在是真实的，而这真实的含义又要求合作依照蚁穴里的方式来组织，蜜蜂们因此是落后或者不开化的，应该被劝从或被迫按照蚁类的组织方式来组织其合作，这将是可笑的。

进化与形态的自然演进使一种生物体成为蚂蚁而不是昆虫的某个其他种类，赋予它参与蚂蚁社会的能力。所以，人类以外的每一种生命形式的每一个个体，都是被自然地置于在环境中有其合适位置的适当共同体中的。什么是同等的人类文化进程？以上讨论表明，文化进程不但包括组织和维护人类合作，而且包括对合作发生于其中的实在，以及实在被认知的方式的理解，包括对有助于合作的各种机会的辨识和选择。从一个成功的和自信的社会的内部立场上看，它的文化似乎就是关于自然、环境以及生存机会的全部的和唯一的真理。这种立场引出了社会和法律诸哲学对于普适性的主张。法文化采取的立场着眼于组织和维护人类合作的所有形式。从这一世界性立场出发，每一种文化都不过是存在的丰富和复杂意义的一个方面而已。

现在还有一个问题，即特定的社会和法律哲学是否对于特定的个人是有效的。由以上所述可知，每一种文化及其社会和法律哲学对一些人有效，对另一些人则无效。是什么在人类个体与一种文化、一个社会和一种法律制度之间建立起有效性的联结？显然那必须是文化的。我们业已指出，人类并不是靠着结构适应性而与合作群体相联接。这种联结不可能是文化的真理，因为从法文化的立场上看，每一种文化都只把握了一部分

对于存在意义的真理。所以，这种联结必定是在每一个体和一特定的真理观之间。进化理论认为，而且三个文明中组织人类合作的历史也证实了，人类生活在他们信其所是的世界里面。因此，特定文化与人类个体之间的有效性联结就在于人类相信这种文化是真实的。真实性而非真理才是衡量一种社会和法律哲学有效性的适当尺度。也就是说，如果社会和法律哲学根据一个文化的实在观的内涵、它的认知方式和它所见的机会去组织人类合作，这种社会和法律哲学对于以这种文化为真实的人就是有效的。

现在，我们有了一个关于如何限制各种社会和法律哲学的普适性主张的解决办法，这样，我们就可以实现这类主张里的好的结果，避免不好的结果。我们的答案是，如果一种社会和法律哲学根据一种文化为真实可信的，它即是有效的，每一种文化在相信它的人那里都是有效的，在不相信它的人那里则是无效的。在实在观、认知方式和被理解的善等方面有着共同信仰的人有着按照其信仰的内涵安排和支配其合作上相互关系的充分权利；但是没有人有权把一种社会和法律的规定性秩序强加在任何不曾分享这种秩序建立于其上的文化信仰的人身上。普遍地接受这一立场将开启一条通向由分享共同文化的人组成的政治实体之间的和平共处而不是不断冲突的未来的道路。想只按照一种社会和法律哲学去组织全世界的人类合作，全不顾现在存在、而且随着生命和自然的新的潜能的发现必定要延续下去的文化多样性，这种作法注定成为冲突之源。

那些新近获得政治独立的民族在组织和维护社会与法制方面有一个特别的机遇。如果它们因为一种社会和法律哲学自称具有普适性或是为了避免被说成是落后的或不发达的而要选择

这种哲学，那将是一个悲剧。一个不具有真实性的社会蓝图会摧毁完整性、自尊和进取的意志。拥有这一特殊机遇的民族将各自选择一种文化上真实可信的社会和法律哲学，而此文化既不脱离当下的各种条件，又表达出他们自己的关于生命意义与世界本性的信仰，这即是我所期望的。

注 释

[1] Huxley, *Evolution, The modern Snythesis*; Teilhard, *The Phenomenon of man*; Monod, *Chance and Necessity*.

[2] *Concord and Liberty*, pp. 66—67.

[3] Northrop, *Science and First Principles*, p. 3.

[4] Plato *Timaeus*, ed. Cornford, *passim*; Kirk and Raven, *The Presocratic philosophers*, pp. 263—285.

[5] Sohm, *Institutes*, §§7, 30, 41, 44, 76.

[6] 同上，§§14, 30, 33, 37。

[7] Radhakrishnan and Moore , *A Source Book*, pp. 349—355.

[8] Chatterjee and Datta, *An Introduction to Indian philosophy*, pp. 13—14.

[9] Mukerji, *My Brother's Face*, p. 71.

[10] Kautilya, *Arthasastra*, pp. 170—171, 293—315; *The Laws of Manu*, trans, Bühler, pp. 216—221, 241—244.

[11] Fang, *The Chinese View of life: The Philosophy of Comprehensive Harmony*, pp. 18—19.

[12] Granet, *La Pensée Chinoise*, p. 108.

[13] 同上，页 138—143。

[14] 同上，页 108—109。

[15] De Bary et al. *Sources of Chinese Tradition*, pp. 184—210. Fung Yu—lan , *A Short History of Chinese Philosophy*, pp. 129—142.

［16］ Granet，*La Pensée*，*pp*. 151－158.

［17］ Needham，*Science and Civilization in China*，vol. I，pp. 240－248.

［18］ Needham，*Science and Civilization*，vol. V，pp. 3－4；Needham，*Science and Society in Ancient China*（单行本）。

［19］ Needham 于 1979 年 11 月在伦敦大学克雷登讲座就中国人发现黑色火药所作的演讲充分确证了中国人对于数字上表示的“范畴或相似性”的依赖，后者被用来安排感觉客体的“各种排列和组合”，直到人们最后发现了硝石、木炭和硫磺的有效混合。见 Joseph Needham，“The Guns of Khaifeng-fu：China's Development of Man's First Chemical Explosive”（Text of Creighton lecture），*Times literary Supplement*，Jan. 11，1980，页 39－41。

［20］ Chan，*A Source Book in Chinese Philosophy*. p. 98.

［21］ Chan，*A Source Book*，p. 98.

［22］ *Remnants of Han Law*，Trans. Hulsewe，pp. 430－439.

［23］ *Les Institutions*，vol. I. p. xxiv.

［24］ Gierke，*Political Theories of the Middle*，*Age*，p. 10.

［25］ “The Uses of the Study of Jurisprudence”，in *The Province of Jurisprudence*，*ed*. H. L. A. Hart，p. 365.

［26］ *Blackstone's Commentaries*，vol. I，ed. W. C. Jones，p. 48.

［27］ *The works of Jeremy Bentham*，vol. I，ed. J. Bowring，pp. 249，268 注〔h〕，272 注“解释”。

［28］ Whitehead，*Science and the Modern World*. p. 57.

［29］ *The Civil Law*，vol. Ⅲ，trans. S. P. Scott，pp. 323－327.

［30］ *Science and the Modern World*，pp. 5，17－18.

［31］ 让读者注意的是作者对观念的社会影响而不是观念本身的关注。所以，分析法学涉及的不是理论家们的著述，而是分析案件的方法，因为在普通法国家，这种方法被在法学院里讲授，并在法律机构中予以应用。

［32］ Holmes，*The Common Law*，p. 5.

[33] *Blackstone's Commentaries*, vol. I, ed, W. C. Jones, pp. 40—41.

[34] Lawrence, *Principles of International Law*, 4th ed., §§36—39, pp. 57—68; Wheaton, *Elements of International Law*, 5th Eng. ed., pp. 270—271; Oppenheim, *International Law*, vol. I., lst ed. §§221—223, pp. 276—278; Hall, *A Treatise of International Law*, 8th ed., §§33, 34, 38a, pp. 137—141. 150—152.

[35] Clark, *A Place in the Sun*, pp. 31, 80—81.

[36] Marx and Engels, *Selected works*, vol. I., p. 20.

[37] Oppenheim, *International Law*, lst ed., vol. I, §§26—29, 64, 123—124, pp. 30—34, 100—101, 170—172.

[38] O' Connell, *International Law*, vol. I, p. 463.

[39] 苏联科学院, *International Law*, 页 93—98, 112—118, 176—189。

[40] *New York Times*, December 7, 1960, pp. 14—17.

亚伯拉罕·艾德尔
伊丽莎白·弗罗尔

关于法文化概念的若干思考*

梁治平 译

格雷·多西提出法文化这一概念乃是为了以一种特定方式，即通过“安排秩序观念”(ordering ideas) 去理解法律，这些观念渗透于特定社会，并且有效地促进了基本的进化需求。要说明“安排秩序观念”的上述功能就要展示出它们的社会有效性。我们很快会来阐明这一论题中的几个性质不同而又彼此相关的主题，但是首先，我们必须确定法文化概念在它与之相交和把它们联系在一起的若干学科中的位置。

显然，法文化属于一种制度理论。不过，制度的构想和研究始终有着多种方式。有些人，尤其是二十世纪早期的一些人，为较早的斯宾塞主义理论的残余所左右，后者把制度分开来看待，视为有着各自独特的和几乎是隐秘的发展。所以，制度只有根据它们各自的理论才是可以理解的，结果，政治理论只管国家的形成和发展，经济学只管生产和交换的变化形式，宗教、亲属、甚至艺术和哲学、当然还有法律的研究也都是这样。

甚至本世纪较晚时候，还有些人试图把制度本身（而非理论）看成是一些独立建置，它们在权力关系中相互竞争，其方

* 本文选自《法律、文化和价值》(*Law, Culture, and Values.* Sava Alexander Vojcanin ed., Transaction publishers, 1990)。

式就如同官僚在统治系统中互相竞争一样。而另一些人则持更具统一性的立场，把制度与基本需求联系起来。这样，家庭或亲属制度的设立显然是为了生育和种族延续。经济制度是为了提供食物、衣服和住所。政治和法律制度是为了社会秩序和权力关系。宗教制度是为了心理安全。这些看法承认学科间的相互作用和相互影响，淡化了学科之间的界线，减少了功能重叠。尽管如此，分离主义仍然是许多学科的特点，这种情形更因为在其各自领域内掘地自保的职业主义而强化。上述倾向固然有助于发展各种代代相承的研究技巧和方法，但是随之而来的是智识的孤立，这种孤立只是因为“学派”的内部论争而得到部分地减缓。

有三种学科是抵制分离主义的。首先是人类学。因为人类学在其民族志的描述中处理小型社会，它就只能正视其比较明显的整合性，即使它的立场通常是共时性的而非历时性的。人类学强化了文化整体模式的概念，尽管用来描述这些概念的术语彼此有很大的差别。其次有历史学。作为历时性的护卫者，历史学保存了延续和变化的观念，虽然它有时偏离到对于制度“起源”的思索之中，一心去描述其多样性和成熟性。最后是哲学。哲学自由地跨越了它的两个分支——历史哲学和道德哲学。历史哲学，特别是唯心主义（黑格尔的）历史哲学找到了在一段时期的统一特征和在制度中间前后相续的变化两个方面均发生作用的完整观念。唯物主义历史哲学（比如马克思的）沿用了统一性，但是认为决定因素是在物质（经济的）条件及其变化之中，而不是在观念或者精神里面。道德哲学则从所有的理论根据出发，放手去批评和评估各种制度。

我们正是要在这种知识背景当中找寻多西在他的法文化概

念中所贯彻的理论的种类和线索。多西采用一个统一的社会模式而不只是关注一种特定制度，在这一点上他的立场与人类学的相同。他与历史哲学的共同点是他由观念出发，尤其是那些促进文化统一的观念。不过，他坚持一点，即这些观念实际是根据它们在安排秩序的制度（ordering institutions）方面的效用和成功性来确定的。

这种观念的有用性概念一向有许多种形式。比如在黑格尔的理论中，观念是有效的，因为它们在精神或理性或历史计划的历史展开的特殊阶段中显现出来。多西显然与这类根本图式无关，他反对唯心主义哲学的这个方面。也许他更接近于早期实用主义的看法，即认为观念的意义要在其实际结果中发现；这样，信仰便包含行动的准备在内。如果他反对这样一种理论性观念的社会的决定性特征，他还是维护实践性观念的统一性地位，只是把原动力转移到了物质的需求和条件方面。这种立场与唯物主义的和自然主义的历史哲学比较接近，因为对观念的选择是由对于人类生存至关重要的合作这一进化需要来确定的。

这样，我们在多西的理论当中看到三个不同的主题。第一个主张法律是文化的一部分，其中涉及各种法律制度以及人类学家可能从中抽象出来的法的理论。第二个是有关观念的功能和力量的理论，它还包括历史哲学在这个问题里面发现的全部复杂性。第三个涉及社会有效性过程的延续，这一主题是在对人类生活和需求的生物进化解释里面间接提出的，它构成一种用来评判法律及社会诸形式和理论的标准形成的伦理程序。本文就谈这三个主题，间或予以澄清和扩充，但是主要是展示它们的力量。

一、作为文化一部分的法律

视法律为文化的一个部分要求我们找出一个民族的法律与这个民族的其他方面、制度以及态度之间的关系。同时，它也要求我们把这一民族的生存方式与其他文化的存在方式相比较。这样，它就涉及对于相互关系和比较的最低程度的研究，实际上这两方面彼此相关。这种情形出现在研究的所有层面：法律制度的大体轮廓，主要内容，或单独条款。现在我们举几个不同的例子。

我们如何理解——为了理解我们的法律制度——这样一种说法，即有些人把诉讼看成是失败的表示，是一种可耻而非自豪的事情；或者，在一些地中海民族（北非）当中，用作出决断的方式确定相争的人对或错，这样的观念传统上与应有的待人之道正相反对，因为这可能意味着失掉面子。[1]于是，重点就在于达成一种调解的办法，找出正派人都能够同意的结果。这种作法大体上也适用于道德。

甚至是在这些关于其他文化的简单陈述里面，我们也已经看到我们的文化有着特殊的面貌。我们的法律是决断性的。它一般总要给出是或否的回答。一部法典可能明确禁止法官以法律没有提供解答为由而拒绝就某一事项作出判决；他必须设法作出判决。他不能说，“你们俩都是对的，去调解吧”。这也表明这样一个事实，即我们是一种权利意识很强的文化。权利的概念——我的权利——渗透于我们的道德、社会和法律思想。权利是那种你可以用强制力来对抗任何侵害它们的人的东西。它

们就像是财产。凯尔森（Kelsen）的法律概念完全与刑罚相合，这不足为怪。如果有某种违法情事发生，即须以详定的罚则相加。凯尔森把国家的社会服务功能看成是从属性的，且不在法律的概念之内。

为什么我们具有这样强的权利意识？这是不是因为我们的社会在工业、商业以及商业关系的发展方面进步较快，而没有我的和你的之间的鲜明区分，所有这些便不能够获得成功？或者，是因为若干世纪以来，欧洲国家拥有一个占有土地的上层阶级，它惟恐失去自己的特权（想想英格兰的偷猎法）？或是因为在过去一个世纪随着民主政治和平等主义兴起而来的冲突里，只有权利概念更适于用来反抗压迫？* 这是受迫害者的自然呼号吗？或者，就像最近人们所指出的那样，与女性注重关系、关切和相互间的责任相反，“权利”概念带有一种男性富于侵略性的孤立的味道，有对他人漠不关心的危险？[2] 自然，所有这些都不是仅有的原因。有些对造就以后具有其他用法的概念可能是至关重要的。

比较的范围并不局限于大体轮廓和法律的整体特征。它还可以有效地在孤立的甚至是零星的细节中展开。随便举一个例子，为什么在侵权行为理论方面，英国的传统主张让能在最后一刻有效地阻止损害发生的人承担全部责任，而法国法则更倾向于让当事人分担责任？[3] 如果单看英国，我们可能认为它一般坚持要做出判决，即力求严格地确定责任的归属。但是比较研

---

* 此句原文为：Or because in the conflicts of the past century with the growth of democracy an equalitarianism nothing less than a “rights” concept had the appropriate strength against oppression? 此句欠通，疑句中“an”为“and”之误，现改正。又，此误系由哈佛法学院安守廉教授指出。——译者注

究就要求有更加具体的解释。我们可以考虑英、法两国法律在财产持有方面的类似差异：英国长期主张长子继承权，法国则主张在诸子中间分割土地（或者在法国这只是大革命之后提出平等口号后才有的现象）。要在文化现象中寻求解释就要承认差异的可能，同时要找出不同评判标准植根于其中的各种条件。

试举一项历史上的广泛争论为例：国际法确实是法律吗，或者，它不过是习惯、出于时势的暂时性协议以及希望的混合物？问题的关键似乎是缺少一个对于强制性种类的恰当定义，虽然一国的国际条约可以被看成是该国的法律，在其管辖范围内具有强制性。这就引出一个有关法律制度的基本模式的问题。在一些原始社会，我们发现审判过程极其热烈，但是没有强制性的制度手段。这些社会没有法律制度吗？自然，我们可以把社会非难的因素和它能够解除犯罪者亲属的救助义务这一事实看成是惩罚，这样将它们纳入到我们的模式当中。我们因此便保住了我们的一般观念，即法律制度关系到某种以多少是有效的方式安排社会秩序的模式。这种作法能在国际法中重建“法律”吗？

再提一个问题，一种法律秩序是不是必须被认为是一个规则体系，它是否必须与法典相类？在这个问题上，诺思罗普（Northrop）对文化比较给予了特殊的关注。[4]他曾寻找各种类型。有这样一些结构，它们依赖于属于调解的而非判决的直觉判断。在这些结构里面，没有人诉诸于法律规则。甚至调解人也只是把对立双方聚在一起，在考虑所有情境和因素基础上为他们做出决定。有一种“自然历史类型”，一部常识法典和一个自己就是共同体中的一员且认识当事人和根据“良好之古老方式”解决问题的法官。最后，存在着抽象的契约性法律，一部

按照人类规范由协议构造的法典。诺思罗普发现这最后一种类型与我们的科学法则的观念正相匹配，他还认为，西方法只能够采取它在一个发展出西方科学的文化中所采取的那种形式。

然而，甚至就在这种西方法律形式中，我们也发现了不同的文化期待和解释。在普通法的历史上，詹姆斯一世（James I）和柯克（Coke）在涉及到法律解释的理性问题上就有过尖锐冲突。柯克坚持认为，这种理性是涉身于案件的法律家所拥有的熟练的专长；詹姆斯则看不出为什么他自己的理性竟不如一个法律家的。霍布斯（Hobbes）以严格现实主义的态度指出，在严重的龃龉中，"强权定胜负"(clubs is trumps)。* 据说在法国，当出现对《拿破仑法典》的评注时，拿破仑感到不安。显然，他期待着理性之光和法典规则的明晰性能够近乎机械性地运作；他也反对诉诸先例。因此，即便就在同一个欧洲文化地区里面，也明显地存在两种"文化"。这里的解释可以部分是智识的，部分是政治的。柯克反对詹姆斯肯定代表了国会和国王神授权利之间的冲突。而拿破仑的上述反应也许反映了笛卡尔的理性主义以及他对于作为一种法律技巧的回溯先例作法的厌恶之情，其时，旧时代恰是他正在全欧洲予以摧毁的东西。

上述简单事例表明，一旦开始把法律当作文化的部分来考虑，我们立即就面对一个变化演进的社会的各种特征和过程。无论我们所研究的是一个制度的整体、它的方法、其中的具体条款，还是它据以作出描述和解释的范畴和观念，都是如此。我们被引导根据社会制度的不同作用形式和文化的存在方式去寻求法律条款的解释。我们得出的法的观念既是构成性的又是被

---

* "club"兼有"棍、棒"和"草花"（纸牌）之义。"trumps"义为"王牌"。此语未查明出处。现仅据意译。——译者注

构成的。这种看法渗透于我们看待法律过程和法律观念的态度之中。

二、观念的功能和力量

检视第二个主题，即多西关于观念的功能和力量的理论，我们可以从诺思罗普对于法律和文化中观念作用的构成所持的看法入手，因为他的看法对多西的思想不无影响。诺思罗普于1952 年在对美国哲学协会东部分会所作的会长演说中提出了他的看法。[5]人们转向比较研究乃是顺理成章的。随着政治殖民主义崩解和“第三世界”民族开始崛起，西方地方主义受到了第二次世界大战以后共同世界意识的挑战。通讯和交通的迅速增长加强了业已广泛传布的关于不同价值和急迫变化的意识。诺思罗普解释说，他所以选择作为文化一部分的法律来研究，是因为法律关系到公共规范，涉及人们自己使用的观念或概念，而且具有明确的内容。它因此触及民族经验的原始材料，并对规范性判断的操作方面和文化特性予以关注。他还发现，哲学理论的多元化至少部分地与可用作例证来说明它的文化的经验多样性正相对应。

诺思罗普对于观念在赋予法律以形式这方面所起的作用感到兴趣。实际上，他似乎是提出了一种有关法律制度特征的认识决定论（epistemological determinism）的理论。他把那种注重直觉和调解而不是决断的结构与上述他所谓的“法律的自然历史类型”作对比，又把中国的不同学派与在基督教中世纪哲学论争中为人熟知的唯名论和唯实论的倾向彼此相联。所有这

些都促使他把法律观念视为认识论观念几乎是直接的体现。比如，“实际上，社会中契约法的伦理学不过是用来解决人类纠纷和安排人类关系秩序的自然科学中抽象观念法则的经验上被证实的认识论。”[6]大体上说，西方法所采用的形式只能是它在一个发展出西方科学的文化中采取的那种。

多西的理论同样关注观念的作用，但在两个方面不同于诺思罗普的学说。首先，它并不只是注意认识论，而且关注总体上的哲学观念。他制定了一个广泛的研究计划，直接由比较哲学入手，进而及于比较法。他特别探究了形成时期的和不同文化中的哲学观念。其次，在看待比较哲学和比较法之间协同关系时，他关于决定因素和决定过程所持的看法相当地复杂。推动力来自于借过程展开的具有根本性的进化功能，即对于所有民族和社会生存及发展其能力和力量不可或缺的组织和维护人类合作的安排秩序方面。在此过程中，法律受观念的影响而成长起来，但是观念本身亦因为它们在这一根本性过程中的有效性程度而被削弱或者加强、选择或者排斥。

多西以这种方式在一般和特殊两方面开拓了研究的疆域。毫无疑问，正在进行中的全面研究将进一步说明这种理论的结构和它的哲学倾向。不过，它可能有助于我们了解上述两个方面的指向问题。

（一）多西观念理论的结构

关于结构问题，首先须要弄清楚多西所意指的具体性的程度。所以，在运用原则时，关键问题可能主要不在一般原则，而在其具体解释。比如，多西解释边沁为所有法律规则确定的标准时说，“看它是增加还是减损个人在明了其利益所在时促进其

利益的行动自由。”[7]这是一个自由主义的解释；另一些人则把它解释为总计的快乐而不是自由。主要的实践中的不同结果可能随着被认许的社会控制的程度而来。再比如，关于运用原则的方式，根据安排秩序观念是被视为认识的指南，还是武器，或者工具，在具体背景方面可能产生极大的差异。作为指南，安排秩序观念可以是生活的粗略规划；作为武器，它们可以根据不同的目的被用在集团的和阶级的具体争斗之中；而作为工具，它们可以推进知识和扩展人类的力量。如果法律的观念作为普遍命令被当作规划之物，它就必须被作为某个人的计划来考察（比如神的，像在自然法理论中那样；或者在法律实证主义理论中的主权者的权力）。但是如果普遍之物被理解为用以确保人们回应的更大范围的统一性的工具，那么，它就只是实行社会控制的诸多智识创造物的一种，而许多视普遍性规则为法律“本质”的理论都未能击中要害。[8]同样，统一国家的成长壮大虽使得依据规则的控制较为易行，但是这并不表明，法律（社会控制）应当按照国家权力来予以界定。

另外，把法律的功能理解为实现人类生存和发展人类的能力和力量，这也带来极不相同的解释。最明显的事例就是根据贵族和阶级概念描绘的人性和根据我们所熟知的民主统治概念描摹的人性二者之间的不同。如果我们把这类差异当作细节问题弃置不顾，那么，保存秩序的一般功能就减至为避免霍布斯定义的自然状态（或当下黎巴嫩所处的情形）所要求的最低限度（虽然远非不重要）的合作。这种最小化一点也不会减少一种分析秩序的理论的重要性，但是肯定会缩小它的应用范围。

考虑一种类似情况。伦理道德也经常被赋予一般性功能。有时它足够明确能够指导选择或实践。有时它又比较具体，当弗

洛依德（Freud）把道德的功用看成是抑制侵犯的冲动时就是这样。有时，伦理道德被赋予一种按照紧凑的模式组织人类利益或者欲望以避免内部冲突或获得最大限度表现的一般性功能。这些功能的一大部分都集中于心理基础或是一般化了的社会基础。我们几乎看不到涉及更多细节的历史基础。一个突出的事例是由朱利安·赫胥黎提供的，因为它显示出历史上可变的功能，随历史条件而变化。赫胥黎认为，伦理道德首先具有维护群体团结的人类进化的功能，它使得人类可能延续下来；然后它才履行了为阶级统治服务的功能。现在，它还具有确保人类发展向着更大成就敞开的功能。[9]

所以，我们认为，各种不同类型的特性要靠详尽的论述来确定，而这种详述对于多西正在创造的那种理论乃是必不可少的。它将影响到观念的意义与内容，也影响到观念发生作用的特点，简言之，它所影响的既是使这些观念能够发挥秩序功能的东西，也是这些观念所关涉的秩序的类型。

（二）多西观念理论的哲学倾向

关于其理论的哲学倾向，多西给了我们许多指示。集中注意力于观念，把它当作研究的主题，这样做并未使其理论在哲学上倾向于孤立的思想史或是哲学唯心主义。它因为明确主张产生效果的观念而区别于前者，因为坚持功能性前提以使观念根据它们在安排秩序方面所起作用的大小受到检验而区别于后者。这种立场也不同于传统的唯物主义历史哲学。虽然法律的发展明显是在经济的和社会的需求与力量的范围里面发生，但是观念在整个过程中的重要性是显而易见的。有人认为社会制度的有效性并不是一种心智过程，而是一种社会过程。其实不

尽如此，因为有理由作出这样的判定：一种社会形式的精神上的胜利即是人类欲求的胜利，而不是权力或者推销术（salesmanship）的胜利。这样，这一整幅图景就为对曾在传统历史哲学中争论不休的各种哲学观点的主要教训作出慎重的综合留有了余地。

三、社会有效性的过程

最难于分析的问题出现于第三个主题，即关于社会有效性过程的论述，这一过程一方面使得安排秩序观念有别于心智上的观念，另一方面赋予想要利用这些观念的制度以效力。这里的困难与其说来自于这个论题本身，不如说出自转移其论题的分析哲学中的既有特性。这主要是事实与价值、描述性与规范性之间极度鲜明的两分法。多西对作为一种社会过程的有效性的看法可以因此被看作试图由一种描述的过程得出规范性命题。但是，我们要指出，这种作法实际上要复杂得多。它部分地表明一些与事实相联的价值的出现如何产生出其他价值；又部分地表明人类生活中的哪些因素实现和促成了用来评判观念和社会形式的标准。我们首先要防止对多西提出的理论作哲学上的误解。然后，我们考查这一主题本身（因为它也是一种复杂物），并且指出论题中要求某种修正的重要的虽然未必是最重要的难点。如上所述，这一主题确认一种根据人类生活和需求的生物进化解释间接确立的社会有效性过程。这种间接性特征可以在多西关于观念的有效性如何取决于它对以下两个互相关联的变量的满足的具有独创性的明确论述中清楚地见出：

1. 它使人们能够通过社会组织和社会行动更好地实现他们最想要实现的目标；

2. 它能够被普遍地被信为正确的和好的。[10]

这个公式并未指向根据提供有助于生存和发展的秩序的最后标准而获得有效性的观念，而是指向对这种观念的各种信仰。这样一来，有效性过程中便存在着一道裂隙，在多西的论述里，这道裂隙是由关于它们关系的暗示来弥合的，这些暗示部分涉及欲求，部分靠对信仰所具特征的假定。在这些东西之间，出现了一个有关宽容的主题，它所引发的两难境地与在三十年代困扰着人类学上文化相对主义学说的情形非常相似。因此，有必要仔细审视多西形式上的定义和他为观念的依据提供的最后理由这二者之间领域，看在这一主题中是否为探寻世界范围内的有效性而不简单是各个文化的有效性留有余地。

在较早的一篇文章（讨论边沁主义和英国的法律改革）里，多西谈及作为一种社会过程的对于社会观念的接受以及在边沁那里这一过程怎样牵涉到“观念与社会条件的相互作用”。[11]然而，他并没有把这一过程说成是有效性，这样，它似乎是一种纯粹社会学的论述。但是，他又使得有效性产生于客观标准之中：“关于对与错的客观标准来自于一个社会对作为限制和协调互相冲突的各种利益和要求之依据的原则的普遍接受。”（重点号为原文所有）[12]这显然不是主张只要接受所提出的原则即可使这一原则为正确。一项被提出的原则的正确性来自于它的被接受或被认为能够克服冲突。在这样做时，它就是在着手一种合作的工作，根据多西的第二个主题，这种工作在进化图景中占据了一个道德的位置。与道德的联系，而不只是社会过程中的胜利，这即是使得社会有效性超越这种社会接受的东西。在

关于“法律与社会秩序的形成过程”（1968）的文章的开头，这一点就明确地说出了：

> 使用“有效性”一词，我指的是在此背景下的一个社会过程，而非思想过程。当一种社会组织新形式的观念业已渗入正义感，塑造了身份地位的标准，沟通了个人的欲求，并且建立起可以接受的获取方式，那时，新秩序的“有效性”便已实现。[13]

这一论证的复杂性和间接性在较为晚近的文章“法律哲学和社会哲学的世界立场”（1979）中明白表现出来。多西诉诸由最近的进化理论揭明的图景：“人类必须借助于文化手段把自己武装和组织起来，以在不同的环境中生存和获得发展。”[14]因此，法文化由组织和维护人类合作的立场考虑社会形式。他补充说：“从这一世界性立场出发，每一种文化都不过是存在的丰富和复杂意义的一个方面而已。”

把社会过程理论同关于进化基础的根本性理论结合在一起，明显地导致了社会道德原则以及法律的自然主义—实用主义的理论。如果我们把多西的理论与这种类型哲学的一般特征相比较，那就可以清楚地看到，他既利用了自然主义理论，同样地利用了实用主义理论的精华，后者根据观念在实践中起的作用来看待其意义。但是，实用主义方法中有一个方面是他不曾明确涉及到的，那就是对于试验、对于信仰的可改变性的强调；不只是强调信仰与时俱变这一事实（当然，环境也在变化），而且强调经验有它自己的学习过程。与此不同，既已承认存在之文化观的多元性，多西便转向个人信仰问题：“人类生活在他们信其所是的世界里。”[15]于是，信仰的真实性便与观念的有效性联系在了一起：“如果社会和法律哲学根据一个文化的实

在观的内涵、它的认知方式和它所见的机会去组织人类合作，这种社会和法律哲学对于以这种文化为真的人就是有效的。”这样，“每一种文化在相信它的人那里都是有效的，在不相信它的人那里则是无效的。”[16]

这种相对主义在许多方面与露丝·本尼迪克特（Ruth Benedict）提出的理论相类，本尼迪克特在她颇有影响的著作《文化模式》（1934）中致力于探究文化的统一性，她在那里为以宽容的态度对待文化模式的多样性辩护。这部著作被用来反对西方文化在面对世界其余部分时的顽固的种族中心主义，反对正在兴起的纳粹种族主义。读者接下来提出这样的问题，即如果纳粹模式一旦建立，它是否能够作为同样有效的文化模式享有尊重。不存在一种道德批评的有效的世界性标准吗？或者，举一个比较完整的历史事例，难道不能有一个普遍适用的标准对印度的同样是一种有效社会组织形式的种姓制度提出批评，特别是当不可接触者正在获得更多自由的时候？

本尼迪克特在回顾这一问题时着重强调了相对主义的有限范围，即强调文化当中决定和塑造诸形式的那些根据。她并不打算拒绝判定更好或是更糟的跨文化标准，她甚至探求这样的标准。在多西的论述中，也有证据表明他超出了文化信仰的相对性而触及全人类的欲求。比如，尽管印度各派哲学一致认为，对此世之物无所附系方能脱离苦海，他还是提出这样的问题：“能够假定说，一个印度的父亲在他的文化遗产中找不到这样一种观念，它能为将使他的子女免受疾病和饥馑侵害的社会组织和行动提供真实性？”[17]这表明，在诉诸基本需求和能力的社会道德原则中有可以判定更好和更坏的标准。这样的标准随时可以修正，并且可以被视为要在未来社会经验中受到检验的假设。

合作是最根本的需求，但是在考虑时不能够忽略促进人类繁殖的能力的发展和其他需求。从这一观点出发，在印度人对待苦难的态度里，摈弃此世的物质享受并不能证明像在人类精神里面发掘内在资源一样具有同样的价值。

使社会道德判断的有效性受到限制的另一个方面是这种判断的历史局限性；有效性出现于特定时间、特定条件之下。多西在谈到有效性丧失时指出了这一点。在结束“三十年战争”的“威斯特伐利亚和约”（1644—1645）订定之时，完全相反的原则为人们所接受：“一百多年来，人们为只有信奉真实的宗教的国王才应该掌权这一原则而战；现在人们则接受了相反的原则：在位之国王信奉的宗教应该成为国家的宗教。”[18]承认先前有效的社会道德原则中的历史变化（多西意义上的）理应在社会有效性这个概念里占有更重要的位置。这种承认不能因为假定信仰独自决定真实性就被完全归于变化了的信仰这一事实。它毋宁是把信仰本身也处在学习和修正之中这种看法扩大了。

多西对于文化多样性的态度出自人类学。也许，这种态度应由历史学稍作修正。这会影响到理论上的观念与实践中的有效性之间的关系：承认对社会道德原则的理论探索即使当时不具有社会有效性但是具有重要的批评和预备变革的社会功能。在一个变化日益加剧的世界里，一个随着更大的全球联合体出现、不同文化的内容必须与全球互相关联的方面共同考虑的世界里，这种承认愈加地重要了。在这样一幅社会有效性的图景里，这种承认将产生理论与实践两方面更加明显的协调合作，并且带来对于试验性前景的更多的关注。

注 释

[1] 参看 Honor and Shame: *The Values of Mediterranean Society*

(J. G. peristiany ed. 1966)。

[2] 参看 Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982)。

[3] 这种情形在魁北克尤为明显，那里的法律同时具有法国和英国两方面的渊源。参看 H. Carl Goldenberg, *The Law of Delicts Under the Civil Code of Quebec* (1935)。Goldenberg 简明扼要地指出这种差异："大陆法的问题是要确定当事人中间的相对'过失值'(Blame-worthiness)，以便按比例分担损害；英国法的问题则是要确定损害之'由'"，不过，他也注意到枢密院的判决一直影响着魁北克法院的方式。同上，页 26。

[4] F. S. C. Northror, The Philosophy of Natural Science and Comparative Law in *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 1952—1953, Volume XXVI (1953).

[5] 同上，页 5—25。

[6] 同上，页 22。

[7] Dorsey, "Jurisprudence and Law Reform", 13 *St. Louis U. L. J.* 18 (1968).

[8] 有关把法律视为技巧混合物的法律工具论的概述，见 Edel, "Legal Positivism: A Pragmatic Reanalysis", *Contemporary Conceptions of Law* (Trappe ed. 1982)，页 93—95。一般可以参见前揭，页 77—98。

[9] J. Huxley, "Evolutionary Ethics", in T. H. Huxley and Julian Huxley, *Touchstone for Bthics* 127, 131 (1947).

[10] Dorsey, "Law and the Formative Process of Social Order" in *Validation of New Forms of Social Organization*, 1 (G. Dorsey and S. Shuman ed. 1968).

[11] Dorsey，注〔7〕揭，页 28。

[12] 同上。

[13] Dorsey, "Law and the Formative Process" in *Validation*，注〔10〕揭，页 1。关于多西所持立场的进一步分析，见 Flower, "Induction and Social Validation" in *Validation*，注〔10〕引书，页 111。

[14] Dorsey, "Towards World Perspectives of Philosophy of Law and Social Philosophy", 载 *Contemporary Conceptions of Law*, 19 (Trappe ed. 1982).

[15] 同上，页 20。

[16] 同上。

[17] Dorsey, "Law and Formative Process" in *Validation*, 注〔10〕揭，页 14。

[18] 同上，页 8。

宋格文

天人之间：汉代的契约与国家*

李明德　译

一、绪　论

在契约法的领域里，有人曾依据儒家经典和法典得出一个广泛的假设，即"静态的"中国传统法律主要是刑法，不涉及诸如履行契约一类的个人事务。[1]一般认为，这些事务由习惯处理。由于中华帝国的大多数法律史料中缺乏有关契约的材料，上述看法遂得以强化。就法典来说，这个看法是准确的，也反映了问题的一个重要方面。不过，这个观点所说的更多地是法典中的观念和规范，而不是活生生的现实的法律制度。上述看法也赞成这样一个论点，即由于不存在传统的契约法概念，由于研究中国历史上的法律事例与理解现行惯例无关，因而可以取消这类研究。与其他研究晚期朝代契约的论者一样，本文意在说明，尽管法典中没有契约资料，但在中国法律制度中，对私

---

* 本文原载《南加州法律评论》第6卷，1990年，第5号。译文有删节。收入本书时，我再次作了删节，并相应调整了注释号，但为保存原文架构，原文各节标题均予保留。——编者

人契约的强制执行从一开始就存在。[2]如果把后期王朝的惯例置于早期的诸如汉朝的背景中，那么很显然，传统的中国法律制度决不是静止的。

在传统中国，国家对私人契约的强制执行是不是一般性因素？这是一个重大的理论问题。19世纪或更早，“契约自由”学说的倡导者们，把特定的契约观念的兴起与社会进步的观念等同起来。历史学家中，亨利·梅因《古代法》中有关这类观念的章节是最有权威的。罗马法强调身份和家庭，现代欧洲法关注基于个人意愿的契约。梅因把这一发展看作是一般法律发展的典范：

> 所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动发展的过程中，其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长。……我们也不难看到：用以逐步代替源自“家族”各种权利义务上那种相互关系形式的，究竟是个人与个人之间的什么关系。用以替代的关系就是“契约”。[3]

他的名言，“我们可以说，所有进步社会的运动，到此为止，是一个‘从身份到契约’的运动”，[4]概括了他的看法。关于契约学说，梅因认为，契约史是从依赖形式范畴到更为一般的“诺成契约”理论的发展。法律发展的这个一般规则是从罗马法的发展中得出的。[5]

20世纪，随着契约自由学说的相对衰落，梅因的概念框架与西方法律内在结构的关系减弱了。不过，它仍然影响着对非西方法律的考察。梅因把社会划分为“静止的”和“进步的”两类：

> 但如果我们注意到，在法典时代开始后，静止的社会和进步的社会之间的区分已开始暴露出来的事实，我们的工作就比较容易进行。我们所关心的只是进步的社会，而这类社会显然是极端少数的。[6]

法律制度适应社会变化的需要，这被看作是只是“进步”社会所独有的特征：

> 到处标榜着来自超自然渊源的一个原始法典，往往由于僧侣注释者的牵强附会而被大大地扩大了，并被歪曲成为最可惊人的形式；但是，除了世界上极小部分外，从没有发生过一个法律制度的逐渐改良。世界有物质文明，但不是文明发展法律，而是法律限制着文明。[7]

虽然现代的论著者们不会像梅因那样大胆地表述自己的看法，但他们的论述也往往隐含着一种见解，即传统的中国法律一直缺乏有关经济关系的规范。[8]

为了对古代中国人关于契约的看法进行更为广泛的历史性考察，本文将集中论述帝制国家形成时期，即汉代（公元前206年—公元221年）的那些观念。而有关汉代观念的论述，又将为比较后来朝代的观念提供一个基点。连同其他对这些朝代的研究，本文将有助于理解中国法律传统适应经济变化的各种途径。由于后来王朝对经济变化的适应往往是依据汉代的传统和事例，因而汉代的知识有助于阐明后代的新贡献。提出现存汉代契约的初步尝试的英译后（不包括何四维和劳干英译的契约），本文将论述三个基本问题：(1) 这些契约文书的要素是什么？(2) 文书所体现的契约义务观念（如果有的话）的本质和

法律意义是什么？（3）这些观念与汉代社会占主导地位的价值观的关系是什么？本文将说明，尽管存在着极力反对诉讼的文化倾向，缔约当事人仍经常使用法律程序履行他们的契约。

本文的第三部分将根据这些文书概括契约的要素。第四部分评述隐含于史料中的契约义务观念，并将说明，在汉代，契约是由国家司法官员强制执行的。最后的第五部分，将在汉代的道德观念和经济观念的背景中，论述契约义务的政治、道德、宗教的含义以及市场交易。

跨越两千年去讨论汉代的典籍，必须小心地避免这样一种奢望，即可以在传统形成期的典籍中发现原始的文化因素，并将这类因素推及于现代。对于文献的这种研究，在前辈东方学学者中是常见的，而且至今仍有影响。这种方法的危险是，这些因素被类推于现代时，就有了几乎是宿命论的含义。本文集中论述汉代，但丝毫没有以汉代为范例的意思。相反，在一系列考察中国历史上不同时期的契约惯例的文章中，本文只是第一部分。它仅提供一条早期历史的基线，以便与后代进行比较，并把学者们所论述的中华帝国晚期的契约惯例置于一个更广阔的历史背景中。

本文以及越来越多的现代学者所使用的方法是，集中论述实际的社会惯例，并且研究这些惯例与典籍中的概念的关系。这一方法认为，连续使用的概念，从不断发展的各种情形及其相互作用中获得了独特的内涵。将这样的方法运用于传统的中国法律，由于以下的情形而极为便利：关于早期，有最新的考古成果；关于后期，有最近向西方学者开放的关于法庭原始记录的国家档案。

契约作为确立经济关系和加速社会资源转移的手段，基本

上是现代化西方的概念。法律体系乐于实施这些协议，这来源于这样一个信念（无论是基于经济的实用或基于道德或心理），即有些人际关系应留待个人自行处理。在那些不具有该信念的社会中，契约的作用是很模糊的。例如，在非市场经济的中央管理体制中，契约的目的是协调国营企业的活动和推行中央计划。契约体现了潜在的与传统价值观或国家计划观念的冲突，甚或与二者都有冲突。中国具有两千多年按照传统价值处理契约的历史，现在又致力于把市场经济与国家计划结合起来，它是同类社会的一个重要范例。

在历史上，中国有过价值观和制度的变化，有过契约惯例的发展，这与静止的观念不符。静止的看法来源于仅仅研究晚清并把明清当作“传统中国”的典型。中国传统在几千年的历史中，包含有不同的常常是相抵触的价值观。这些价值与价值之间的冲突，影响着对契约义务的探讨及其深入理解。由于中国文明具有高度发展的历史意识，历史上产生的一些制度性先例和道德观念，又妨碍了中国人对日益变化的社会形势和经济的适应。直到今天仍然如此。

通观本文，一些了解西方契约法传统的读者首先会发现，许多东西似乎是熟悉的。有关契约各方自由决定的常见资料，似乎与贯穿于现代西方契约理论发展中的个人意愿或自主的观念相同。如果这种相似是真的，那么，这些资料就可以用来论证早期跨文化影响的复杂网络的发展，或者论证西方契约理论的某些方面与其他文化的普遍关系。不幸的是，这一看法是没有根据的，中国的资料并不支持这类夸张的结论。因而，我们必须谨慎地看待这些表面上与西方观念相似的中国惯例，把这类惯例置于它们所由产生的中国人的价值和观念的背景中。

对于分析中国的契约惯例来说,汉代是一个有益的起点,因为许多价值和观念虽然在后代成了习俗，但在那时却是新的和有疑问的。经过数百年的分裂和战乱以后，汉朝是第一个持续统一的帝国。先前的秦朝（公元前211年—公元前207年）在其创建者死后不久就崩溃了。汉代是确立了持久和普遍的法律制度的第一个王朝，汉代的书面契约具有法律的和道德的意义。[9]黄老思想占统治地位几十年后,产生了一种新的强调周代礼仪、典籍和制度并以之作为论说依据的学说。这种变化通常被说成是儒学的胜利，尽管这是粗略的和某种程度上不准确的说法。汉代儒学的影响逐步从狭窄的宫廷范围扩展到了广阔的社会。由于这一扩展是逐步的，许多地方的习俗及制度与儒学没有什么关系。因而，这个时代展现了契约惯例的一些前儒学方面，对此的研究将有助于理解它们最终的儒家化。汉代是以儒学为正统的第一个王朝，它也经历了儒家道德义务观念与来自其他思想派别和经济生活要求的义务观念之间的冲突。

对于研究日常生活的某些方面，例如契约来说，由于一些书写工具的相对耐久,汉代也是一个资料丰硕的时代。另外，当时流行的宗教信念，也使人们在精心设计的墓葬中，为死者陪葬了许多契约文书和其他日用品。随着纸的推广，存留下来的实例便越来越少了。

首先，作者必须承认，由于资料极为贫乏，任何对本文所提出问题的回答，充其量都只是尝试性的。[10]现存的契约文书很少，汉代的作者们没有论述契约本身的问题，契约文书也不能为重构汉代惯例提供坚实的基础。然而，以阐释的方式使用时,[11]它们是极富启发性的，它们体现了某些当时文化观念背景中异常的东西。这个事实提供了一个全新的观点，据此可以

重新估价汉代的典籍资料；反过来，这种估价又使考古学家挖掘出的契约文书更有意义。分析的方法在研究古代或文献缺乏的社会中是常用的。格尔茨曾贴切地概述了狄尔泰称为循环阐释的方法：

> 我认为，在每一次这样的分析以及事实上所有类似的分析中，都必须首先注意那种特有的智识的活动，那种内在的概念的韵律，……也就是说，以一种把它们置于同一视界中的方式，在最具地方性之地方细节与最具全球性之全球结构之间不断辩证地改变运动方向。在试图揭示爪哇人、巴厘人或者摩洛哥人的自我观念时，研究者在那种令甚至最好的人种志也难以被理解的异国细节和那种令所有稍有想象力的人都多少无法相信的总括特性之间无休无止地来回摇摆。我们在整体（由使之实现的部分所构想的整体）与部分（由使之活动的整体所构想的部分）之间往复跳跃，借助于一种智识上的不断运动，试图使它们互相说明。[12] *

对中国法律观念的发展来说，汉代是最为重要的时期。努力理解中国最古老的契约实例，会面临各种价值及价值间的冲突，而这一切又促进了后来中国惯例的发展。

二、契约文书

举出下列的一些文书后，法律家们会反对说，这不是“契

* 这段译文由我根据英文原文重新译过。——编者

约”，它们只是“契据”或“收据”，仅仅是契约得以记录的工具，而不是契约本身。

在更深的层面，法律家们还会否认其中的交易是契约性的，因为这些协议是否作为有效承诺来履行尚不清楚，因为这些协议没有涉及统一的契约理论。然而，这样的看法却假定某一特定的契约概念是普遍的，假定交换承诺与该交换得以表述的工具之间的关系是普遍的。正如本文第五部分所述，这一特定的契约概念并非西方传统一直具有，也更非其他法律制度所有。因此，把它塞入其他法律制度中，便导致了一种循环否定，否认它们的法律涉及契约。这种否定的理论后果前已述及。此外，甚至在历史地分析英国契约时，现代普通法关于契约定义的局限性也是显而易见的。关于中世纪的法律，用辛普森教授话讲：

> 我们不能期望〔中世纪的律师〕以我们考虑现代契约法的同一方式考虑他们的契约法；在数世纪的历史进程中，对合意交易分类、分析、命名的方式已发生了很大变化。……因而，任何以现代法律理论来考察中世纪契约的试图都是毫无意义的，因为它只可能导致当时不存在契约法的荒谬结论……唯一可行的方法是，为了研究的目的，采用一个松散的可操作的契约法定义，诸如决定合意交易具有法律效力的法律就是契约法（该合意交易被认为确立了义务关系，规范了交易的各方当事人），并且考察古代的法律家们是如何以他们的方式处理这类交易的。[13]

反映于下述文书中的协议（有时是文书本身），是汉代的作者们用通常译为“契约”或“合同”的词来指称的那些东西。本文将说明，它们是可以由司法机构强制履行的。本文把这些文

书和它们所由产生的交易称为契约性的，不加引号，不像某些较为谨慎的学者，在涉及传统中国而使用这一术语时常加引号。仅仅专门选择使用汉文中的“约”，对于跨文化分析的这一重要方面来说是不负责任的。

确实，许多中华帝国晚期较高级的交易形式应当用中文术语表示，以免歪曲。早期特有的“盟”（在第五部分论述）即有类似问题。不过，现存的汉代契约文书和对合意交易的论述都不用这类术语，一般使用的是“约”。本文使用的相应术语“合同”或“契约”，是按辛普森教授的含义而不是现代西方法律家们的含义来使用的。这里所说的中国“契约法”，不是指契约理论或法典，而是指，用辛普森教授的话说，“合意交易……的法律实效”，[14]它强调的是国家司法机器强制执行的事实。这类强制执行的法律尺度来自于国家的习惯做法，而不是成文法典或理论。

（下略）

三、契约文书的要素

（略）

四、契约、债和法律

（一）现存文书中的契约与债

为了评估契约订立过程的法律意义，必须弄清该过程究竟

产生了什么？由上述程序所产生的当事人之间的关系，其本质是什么？从某种意义上说，大多数文书只起了记载特定交易或证明某些地产、债务的作用。居延商人手中的竹简，充当着方便而必需的商业记录，尤其是考虑到许多买卖是赊欠的事实。当然，文书除了簿记的作用外，也产生了债。

由于可资利用的史料对汉代契约文书的管理无明确记载，当事人根据这些债的条件而自由决定的实际程度也不得而知。本节的目的就是发掘现有史料的含义。正如本文第五部分所述，在叙述汉文材料时，必须谨慎地使用“自由决定”一类的字词。在观念上，把经济上自由决定的事实与自由决定的规范含义区别开来是很重要的。在规范的含义上，这个词一直与现代西方联系在一起。

一些文书中，当事人商定了除财产转让之外的一些债的关系。居延地券的卖方可能商定，如果土地面积实际上小于契约标明的面积，他将修正数目并退还部分买地款。这一条款令人很感兴趣，因为它涉及误差问题。在误差问题上，契约条款的约束力与一般的公平观念相冲突。这一特别条款（不见于现存的其他文书）说明了某种可能性，即没有它就不会有退还买地款的义务。如果不承担这种义务，即使契约上的数字是错误的，买方也会受其约束。

此外，有些当事人好像预先设定分担外部干预的风险。光和七年地券的买方似乎关心其他人买这块地的可能性，所以契约规定，如果发生此种情况，卖方承担解决问题的责任。

多方合伙协议提供了用以确立当事人关系的正式契约中最为详细而清楚的范例。事实上，确立当事人关系是契约的唯一目的。该协议未涉及买卖，尽管合伙的终极目的是便于卖出当

事人的货物。当事人成为合伙的成员后，不遵守协议的条款将受到罚款的处罚。显然，不能支付罚金的就会被逐出该合伙组织（尽管这一点未明确说明）。如果这样理解是正确的话，那么，该协议就是自律性的，只适用于私人领域，不需借助官方法律的权威。

即使在只转让财产权的契约中，当事人是否议定了地上权的性质和范围，也还有一些不甚明确。例如，光和元年地券包括了“根生状财物”。光和七年地券和“盟书”地券，依据很笼统的观念宣称，买方的所有权上至苍天，下至黄泉。汉代人已经懂得允许人们使用非他们所有的地上资源或地下资源。不过，“黄泉”与阴间相连，大概暗指这句俗套语具有超自然的意义，尤其是当它用于坟地时。这些不同的所有权的列举，是否意味着它们具有独特的约束力，或者它们与某种单一而更为笼统的所有权观念相关，尚不清楚，而且也没有说明这一问题的其他史料。汉代不同时期、不同地区的契约，其语言完全相似，这说明某些契约术语是高度统一的。因而，如果关于所有权的不同术语体现了不同的现实，那么，这类术语就表明了由契约所确定的经济活动的范围。

（二）汉代的债与契约的司法强制执行

现存的汉代契约文书，尽管不能说明其潜在的观念及其法律意义，但却说明了下面三点非常重要的内容。

首先，契约文书存在并被用于各种不同的情形。

其次，这些文书的使用及于整个汉帝国，它们既出自汉王朝的中心地区，也出自其边缘地区。

第三，它们的格式极为一致。出自如此广泛地区的文书不

可能碰巧相似，所以，文书的一致性又表明，汉代社会中存在着共同的契约惯例，无论它是产生于习俗的要求抑或是法律的要求。[15]

除了这几点之外，文书基本不说明当时的契约观念，也基本没有表明它们与汉代法律体系的关系或它们所要达到的目的。因而，它们提出了而不是解答了一些重要问题。在浏览了汉代交易惯例的散见材料之后，剩下的问题就是，这些惯例究竟意味着什么？这个问题有两个层次（二者又不可分割地联系在一起）：这些惯例实际上起了什么作用？赋予它们意义的观念框架是什么？

探讨这些文书的意义和法律效力，需要把它们置于同时代其他有关材料的背景中。

1. 汉代文献中的契约与债

关于汉代人对契约关系及其性质的看法，我们不能仅局限于法律文书，还应注意文学作品。公元前1世纪中叶，著名诗赋作家兼官员王褒写了一篇文章，含有虚构的奴隶契约。研究汉代社会史的学者曾广泛引用这篇文章，因为，有关奴隶义务的冗长列举（占全文的大部分），详细描述了乡村的日常活动。原文对本文的主旨也很有用，这倒不是由于契约的细节，而是由于奴隶对契约的态度。

> 蜀郡王子渊，以事到湔。止寡妇杨惠舍，惠有夫时奴名便了。子渊倩奴行酤酒，便了拽大杖上夫冢岭田曰：大夫买便了时，但要守家，不要为他人男子酤酒。子渊大怒曰：奴宁欲卖耶？惠曰：奴大忤人，人无欲者。子渊决卖券云云。奴复曰：欲使，皆上券；不上券，便了不为也。子渊曰：诺。

券文曰：神爵三年正月十五日，资中男子王子渊，从成都安志里女子杨惠，买亡夫时户下髯奴便了，决卖万五千。奴从百役使，不得有二言。晨起洒扫……

然后，契约（其格式与前引契约几乎一致）列举了便了应尽的所有义务。听了举尽无遗的列举，便了惊恐不已，后悔使他被卖的不轨行为：

读券文适讫，词穷咋索，仡仡叩头，两手自抟，目泪下落，鼻涕长一尺。审如王大夫言，不如早归黄土陌，丘蚓钻额。早知当尔，为王大夫酤酒，真不敢作恶。[16]

尽管便了是可以转让的财产，但他仍然明确说，主人之于他的权力范围是由私约确定的。为了说明这一点，便了用“券”来说明他的义务范围。“券”指书面契约。开始，当他说自己的义务是为主人守冢时，他用的词是比较笼统的“要”，或契约。对便了来说，文书本身就是契约。他对“券”的看法还表明，文书的条款不能由买方单方面修改。按照王褒的故事，义务范围是由奴隶的良好意愿和适合主奴关系的一般顺从决定的。

王褒的故事还说明了一个问题，即契约文书与记录下来的协议相连结。这个事例中，文书包括了协议的全部内容。在涉及赊贷的契约中（诸如出自居延的那些契约），或借贷契约中，债务的书面记录实际上也是很重要的。《后汉书·樊宏传》叙述了这类文书的意义。樊宏被认为是有德之典范。他是一个家族的家长，该家族拥有巨额财产，并显然支配着当地的经济。除了农业和手工业以外，他还从事贷钱业。到他死时，所拥有的

钱财已达巨万。樊宏在遗嘱中下令焚毁契约文书，放弃债款。据说负债者们感到惭愧，争相还债，但樊宏的儿子们遵循父亲的指令，拒不接受债款。我们在另一处也看到，建宁二年地券把书写文书称作“为约”（如果有些模糊的话）。

国家对某些奴隶契约的看法表明，经济交换中私人要约的范围是有界限的。有关奴婢交易和奴婢市场的资料说明，王褒所描述的那类买卖是广泛存在的。当然，这类买卖的对象一般是交易之前已经是奴婢的人。自由人可以因犯罪而罚为奴婢，可以因外域卖为奴进口中国，也可以因非法强制或经济灾难而强卖为奴。[17]由于奴隶的身份是世袭的，奴隶子女成了日益增长的可供出卖的人口。又由于人身的自由或不自由是一件影响国家政务的事情，所以，把一个人从这一类变为另一类，即把某人或某人的子女卖为奴婢是反常的。

散见的史料表明，从理论上说，把自由人卖为奴婢是非法的，尽管这种事在事实上经常发生。这类情形通常发生于饥荒或其他经济灾难中。面对饥饿，贫民们会自卖或出卖子女。汉元年，高祖下令，允许饥民出卖子女。但允许卖为奴婢的特殊规定是短暂的。三年以后，汉高祖发布新的诏令，追溯既往地宣布，这类买卖无效，民以饥饿自卖为奴婢者，免为庶人。[18]建武七年，光武帝发布了一道类似的诏令，宣布因饥荒为奴及被虏略为奴者，如果愿意可选择自由。[19]光武帝的事例中，原先卖为奴婢的授权不像高祖的授权那样清楚。

国家政策的突然变化引起了一系列问题。诏令没有提及对买方的赔偿（这是别处公认的义务），因而，诏令溯及既往的效力将取消契约的预期效力，剥夺奴隶主人支付了的财产。尽管买卖当事人之间存在着正式的合意，他们从事交易的外部经济

条件却显然没有为饥馑者提供多少选择。据说在有些情况下，国家对这类买卖的授权，是应出卖者本人的请求。但国家的政策却是，利用灾荒买他人为奴婢是错误的，甚至是有罪的。这在建武七年光武帝的诏令中极为明确。诏令宣布，对那些不允许饥饿为奴者离去的人，将依据“卖人法”治罪。根据3世纪初的律学家陈群提供的材料，禁止“和买卖人”为奴的法律，以及劫略、恐吓律，均属于《盗律》。

2. 汉代的法律案件与契约强制

尽管当事人的自由决定可能导致观念上的冲突，但仍有材料说明，汉代的法律体系实际上维护了私人契约制度。[20]我们可以把这些法律程序与中国更早的惯例相比较。那时，当事人用盟誓的方式来约束自己，使协议正式化。盟誓是诉诸超自然的力量来证明协议，强制当事人履行协议。汉代的资料则表明，有为私人契约履行而引起的诉论。在这些早期的诉讼中，书面契约是重要的证据。郑玄注释儒家经典《周礼》说：“今时市卖，为券书以别之，各得其一，讼则案券以正之。”[21]在《周礼》的另一个注释中，郑众（公元前5年—公元83年）也同样指出：“听讼责（债）者，以券书决之。”[22]郑众又说：“辞讼，有券书者为治之。”[23]

近年，居延出土了一部罕见的由36支木简组成的简册。简册说明，地方官吏审理过商业争端，虽然这些争端所涉及的纯粹是口头协议。[24]简册记载了公元28年，候粟君诉昆阳（在今河南）人寇恩一案的调查过程。[25]可对案件的事实作简略归纳。

提起诉讼那年的后半年，候粟君缔约雇佣寇恩贩5000条鱼到另一城镇去卖，应卖40万钱，粟君给寇恩一头牛以供役使，并给27石谷为工钱。然而，到了卖鱼地点，没有赚到协议预期

的 40 万钱。所以，寇恩又卖掉了牛，总计所得为 32 万钱。回到居延后，寇恩将这些所得交与粟君，并要求支付工钱和归还留在粟君妻子那里的物品。粟君则予以拒绝，并说寇恩仍欠他 8 万钱。随后，粟君向地方县廷起诉。在写给地方县廷的证词中，粟君宣称，他没有授权卖牛，也没有因损失牛而得到赔偿。

简册使我们得以深入了解地方的司法行政，但在这里，我只论及其中的交易因素。首先，没有书面契约存在的证据。为了确认事实，县廷两次传讯寇恩，然后对比了他的证词和粟君的书面陈述。该案发生于注释家郑众生活的时代。他曾说："辞讼，有卷书者为治之。"（前引）但这个案件却表明，不能把他的话理解为其他情况下无辞讼。这一点为下述事实进一步证实：执行讯问的都乡啬夫在爰书的开头提到，无确实证据时，与事实一致的口头证词是很重要的。*

每一方当事人的主张都与具体的法律或一般的所有权观念无关，而与他所认定的来自约定交易的所得有关。确实，他们没有用抽象的债理论来论证自己的看法，而是极简单地依据具体事件提出具体的金钱要求。然而，他们的看法中却隐含着对债的不同理解，这又与本文直接有关。

寇恩的权限是一个重要问题。他显然认为，他有权利灵活应付没有料到的情形，卖掉牛以减少亏欠。但粟君却说，牛是借给的，寇恩无权卖它。另一争执的问题是，鱼市价格波动的风险由谁来承担。寇恩显然以受雇者的身份来看待自己的职责。他希望获得劳动报酬，不关心市场上粟君的鱼卖出的价钱。在

---

* 徐苹芳释文为："无以证，财物故不以实，赃五百以上，辞已定，满三日而不更言请者，以辞所出入，罪反罪之律辩告。"见《文物》1978 年第 1 期。——译者注

正式的陈述中，寇恩承认他对40万钱负有责任，但又说粟君所占有的他的器物已弥补了亏空。他还说，尽管鱼价亏欠，他仍希望要回他的物品。

另一方面，粟君却认为，寇恩应负责交付约定的40万钱。他拒绝把卖牛钱算入这个数目，认为对牛的赔偿应列入40万鱼价之外。他也拒绝接受寇恩的器物，以为弥补。关于他们相互的金钱债务是否与他们之间的其他交易相合并，当事人也有分歧。寇恩在计算属于自己的钱时，算入了自己儿子先前为粟君劳作应得的报酬。粟君似乎认为这些债务是分开的，因为他在控告中只说了属于自己的鱼钱和牛价，未提及其他款项。

总之，寇恩似乎把贩鱼协议看作与粟君不断进行的交易的一个部分，而粟君却把该协议看作是一个具体的、孤立的约定，应按字面解释，不管形势变化。由于现存的木简以调查的结论为结尾，最后的裁决不得而知。不过，当事人意见不同所引发的一系列问题，以及当事人都希望县廷根据自己的看法给以救助的事实，又表明了司法行为能够对契约予以强制的范围。

由于寇恩一案没有最后的判决，[26]学者们谨慎地将之或划为“民事的”，或划为“刑事的”。不过，最近发现的另一个汉代案件，则在某种程度上说明了这个问题和赔偿问题。该案不具有寇恩案的交易特征，但有金钱赔偿的要求。公元前15年，张宗让赵宣用自己的马捕捉野骆驼，马死，张宗要求赔偿马价。司法官作出了有利张宗的判决，估算马价，命赵宣以现钱赔偿。[27]

出自汉代许多地区的契约，其语言和格式如此一致，表明人们普遍熟悉契约惯例。实际上，契约的使用甚至深入到了家庭关系的领域。根据儒家思想，家庭关系是社会义务关系的范

例，其重要性胜过法律上的义务关系。亨利·梅因认为，家内契约不可能存在，这是古代法的特点。[28]洪适是宋代的碑铭研究家，他所编纂的《隶续》中有一件公元162年的石铭文，叙述了同一家庭成员之间的卖地契约。[29]该地券也表达了有争执时不提起诉讼的愿望。

汉代确实发生过家庭成员之间的诉讼。例如，《韩延寿传》有一条兄弟争讼的材料。[30]《风俗通》的一条材料，描述了汉代一桩家庭成员之间为执行书面遗嘱而提起的诉讼。[31]陆贾是汉代的政论家和刘邦的谋士，汉代史籍记载了他与儿子们之间的约定。致仕后，陆贾变卖了自己所有的值钱物品，分与5个儿子，并与他们相约：

> 与汝约：过汝，汝给吾人马酒食，极欲，十日而更。所死家，得宝剑车骑侍从者。一岁中往来过他客，率不过再三过，数见不鲜，无久慁公为也。[32]

尽管这个协议可能包括，也可能不包括使约定得以履行的正式要素，但它却表明，契约原则是怎样地深入到了一位上层人物的家庭事务中。

汉代，书面契约曾广泛使用，但只有在一些制度强制它们履行时，才能有效地约束当事人。这些制度可以建立在自我强制的契约规定、解决争执的习惯、宗教强制及法律强制等基础之上，而所有这些在汉代都已出现。有材料表明，汉代的法律强制契约的履行，契约的强制履行并没有全部降低档次而诉诸于习惯、个人约束或宗教。寇恩案，以及郑玄和郑众关于审判中使用券书的注释都表明，汉代的司法官吏愿意审断契约性案件。当时的记载也说明，这类涉及私人契约的审判是经常发

生的。

汉代行政体系的特点，也使司法官吏能够强制履行大量的私人契约。与后来各朝代一样，汉代的地方官也是既处理司法事务又处理行政事务。但与后来各朝代不同，汉代的县令、长之下有一批乡一级的司法官员。《汉书·百官公卿表》的序说："乡有三老、有秩、啬夫、游徼。三老掌教化。啬夫职听讼，收赋税。游徼徼循禁盗贼。"汉代啬夫的准确执掌一直是专家们讨论的题目，他们可能负责5000户以下的乡。显然，汉代的啬夫虽然可能由地方任命，但他们是政府官员，可以升迁。这与后代的属吏不同，后代属吏总与品行不端相联。有几位啬夫甚至成了著名的高级官吏。[33]寇恩案提供了一份独特的材料，正是啬夫听取了原告的起诉，进行讯问，起草爰书。当粟君向太守府再次提出控告后，啬夫又第二次进行讯问。

汉代，县和都尉府分别设官，处理民事诉案。[34]因而，无论是在乡级或县级，行政机构都把广泛流传的强制契约履行的观念变成了法律现实。

五、契约与价值观

（一）"西方"观点：现代方法与罗马渊源

本文的第四部分，曾偶尔使用当事人自由决定和风险分担一类的概念描述汉代契约文书的要素。但正如本文一开始所指出的，这种描述可能是错误的。在现代西方法律制度中，契约法中当事人的自由决定权通常被视为目的，具有规范的和描述的意义。这种意义并非简单地来源于当事人的自由决定，而是

来源于一种或更多的一般顾虑，这些顾虑赋予自由决定以意义。例如，当事人的自由决定权一直与契约自由的观念相连，这种观念强调，由当事人的意愿或同意来规定私人契约的执行，具有头等重要的意义。

历史学家和契约理论家曾把上述因素说成是个人自治、社会契约、契约神圣和个人意识等等，并以此来说明和论证西方的方法。这类规范的论证贯穿于现代西方契约法，与传统中国的知识领域毫无关系。从事实的角度来看，经济领域中契约当事人自由决定权的实际含义，与中国的情形相似。但从理论上看，契约行为所引发的一般道德观念又是绝然不同的。因而，必须谨慎，不要把产生于西方传统的概念框架照搬适用于中国的情形。

西方曾寻求一种普遍的依据，以说明契约强制执行的正确性。而这又和与“市场”本质相关的个人意识的日益增长并行不悖。个人意识的日益增长，是近代早期西方日益商业化的经济环境的特征。在西方的中世纪，当商业活动未发达之前，从理论上说，对许多经济活动者来说，身份和习惯在很大程度上决定着交换的价格和形式。但随着时间的过去，商业交易中不受身份区别限定的成分越来越大。最终，价格波动被视为是正常而非异常的，而且，随着各种私人交易形式的合法化，习惯的神圣性开始失落。

历史学家们试图追寻这些现代契约观念的不同来源。例如，有些人已经指出这是适应市场经济发展的需要而产生的。另一些人则强调商业贸易的作用和从所有权经济到契约经济的转换。还有一些人强调货币的作用，因为货币是国家认可的经济价值的基础。再有一些历史学家则强调与人类意志的道德意义

相关联的宗教学说的重要性。

上述几种因素，可能除了最后一种，没有一个是近代西方所独有的。事实上，在很大的程度上，许多因素的出现，中国要比西方早。例如，早在汉代，某种程度上与“市场”相似的概念就已出现了，尽管其内容和含义与近代西方极为不同。货币票面价值的变换也是汉代社会生活中经常发生的，同时又是可悲的事情。国家甚至发行了一种大面额皮币，这虽然只有一次但却是很著名的。[35]下面将重点分析汉代契约强制履行中的道德观念，而不是分析一般的经济因素。

汉代观念的显著特征，可以通过考察西方的观念来说明。作为传统，西方观念可上溯至罗马的习惯，而罗马的惯例又与汉代的惯例同时产生，并且影响着我们自身。此外，正如我们所看到的，与非西方的各种传统相比，从罗马法到欧洲近代契约法的发展是“进步的”法律的典范。

在欧亚大陆的西部，与汉代同时代的罗马人阐述了契约与法律之间的关系。从此，他们的看法深刻地影响了西方契约法的发展。6世纪《民法大全》的编纂者们，根据盖尤斯的观点归纳了他们所认为的传统的罗马观点：

> 现在让我们谈债务。债是一种法律关系，在这里，根据我们国家的法律，我们受到强迫必须给付某物。……债务分为四类，即契约之债，准契约之债，不法行为之债和准不法行为之债。我们首先考虑契约之债，这又有四种，即要物契约，口头契约，文书契约和合意契约。[36]

要物契约有四类，即消费借贷，使用借款，寄托和质押，其约束力产生于一方当事人向另一方提供一定价值的物品。口头

契约产生于当事人履行规定的仪式，而履行仪式又表明他们愿意接受约束。文书契约建立于特定文件的基础上。合意契约建立于双方一致的基础上，但仅限于买卖、租赁、合伙和委托。这四类以外的合意契约可以成为有效力的无名契约，但也限于一方当事人履行。

与中国的契约种类不同，在古典罗马的契约种类中，书面文件通常是无关紧要的。即使在文书契约中，根据使用文件的含义，行为所依据的文书仅仅是债权人账目中的簿记条目。此外，很明显，文书在涉及书面契约的案件中不是决定性的。帝国晚期，尤其是在东部行省，管理实践在许多情况下确实要求契约以文书为证，文书要列举可以用于诉讼的适当要素。但在法律上，仪式化的定约行为继续决定着契约的类别。

在买卖契约中，可以看到契约的文书方面和仪式方面的相互影响。买卖契约基于当事人的同意或意愿一致，而不是基于有效的行为，证据问题比较困难。由于买卖契约用于越来越多的交易，而在这些交易中，付款或其他给付是延期的，不确定性也增加了。为了保护自己，当事人有时采用有关具体债务或债权的约定或拍卖，而这些特定债务或债权只是全部合意中的一部分。这样做，具有独立的单方面的强制性。书面契约文书则通过提供证据的方式，强化了合意的买卖契约。正如我们所见，这类文书有时是法律管理的先决条件。

现存罗马契约文书的实例是作证，这在形式上与中国汉代的文书极为相似。通常，罗马契约文书也刻于木简上，一式两份，由当事人分掌。原文按第三人叙述的方式书写，证人的姓名附于其后。发生争讼时，所列证人被传作证。在买卖土地的文书中，还有一些相似之处。公元 337 年，君士坦丁的一项法

律要求，上述文书由可以证明土地转移的邻居充任证人。[37]

以上可见，同一时代的罗马法律制度和汉代法律制度，以同样的方式回应了对证据和公开的实际需要。二者都有文书、证人和公开仪式。甚至文书的格式细节及其用法，也是极为一致的。然而，当我们离开这种表层的作为工具的功能而进入较深层的意义领域时，明显的一致性便减少了。

最明显的差别存在于仪式程序方面。罗马的仪式基本是单方面的，赋予一方绝对的权利或权力，而另一方则承认这种权利或权力。各种仪式可以交互举行，但它们的法律意义并不是由交互举行的事实决定的。另一方面，汉代的仪式及更早的仪式，却表现出与道德意义的关系。总之，汉代的仪式具有宇宙论的性质，天人被视为一体，仪式用于创立秩序与和谐。

罗马法和汉律对契约的强制履行，基于极为不同的观念。二者在查明事实方面是相似的。但在强制契约履行时，罗马法官认为，一方当事人所拥有的权利或权力是他遵从法律仪式的结果。而汉代的司法官员则认为，一方当事人所占有的非法所得是他不遵从该契约所确立的真实事实的结果。被现代律师称为违约的行为，依汉代的观念是欺诈。

（二）汉代的契约与价值观

汉代理论家们的著作与西方理论家的著作，无论是古代的或现代的，大不相同。汉代理论家的著作几乎没有提到契约。当时的思想家们似乎不考虑与特定法律有关的交易分类问题，也不区别强制性契约与非强制性契约。尽管存在着大量的商业活动，尽管法律积极承担了强制契约履行的任务，这种疏忽一直存在着。如前所述，汉代及汉代以前的思想家在论述行为时经

常使用“约”，这个词一般意指“契约”或“合同”。但在哲学著作中，它具有不同的意义，通常是指守约的道德意义。[38]虽然从语法上说，这个词与契约有关，但从上下文来看却并非如此。应守的“约”是约束力，是指人们的行为受来自社会义务和礼仪义务的一般价值观的约束。孔子在《论语·雍也》中简要地说明了这一点："君子博学于文，约之以礼，亦可以弗畔矣。"道德家们常常把“约”的含义扩大到遵守礼仪的节俭、节制等一般品质。在管理方面，节制指以最少的努力办事的能力。

1. 契约的道德基础

大体说来，汉代的著作家们没有明确地论述这个问题，但汉代的一些道德和宗教要素却表明，私人契约具有法律效力。这类要素之一是互惠观念，即报答他人的善行，这一直是中国人的主要价值观。汉代有影响的另一部儒家经典《礼记》解释互惠的观念说：

> 太上贵德，其次务施报，礼尚往来。往而不来，非礼也；来而不往，亦非礼也。[39]

这种观念在汉代尤为重要，因为思想家们，诸如董仲舒，把它直接与阴阳交感联系了起来。互惠是自然变化的基础，也是来自自然变化的社会的基础。一些著作甚至证明，子女的孝顺来自父母对他的生养。因此，在一项交易中，只要一方当事人给了另一方有价值的东西，在道义上就有了强硬迫使另一方施予互惠的理由。

对契约关系来说，另一个非常重要的基本道德观念是“信”。孔子的《论语》中，信被看作一种基本的美德。[40]“信”在以后的伦理学著作中继续出现。例如，汉代阐发经典真义的

《白虎通》把“信”列为五常之一，它被定义为“诚也，专一不移也”。[41]与上述守约一样，这些论著通常强调，信是人类品行的一部分，它使得有序的社会成为可能。在契约的履行和强制中，这种一般的道德观念是不言而喻的，但经典作家并未论述二者的联系。

不过，汉代的某些著作已在法律强制契约履行的意义上，把“信”与“约”的意思直接相联。《淮南子·泰族训》在自然变化的意义上说：“信可使守约，作事可法，出言可道者，人之豪也。”汉代的社会批评家王符引证说，民不诚信是诉讼繁多的主要原因。他认为，人民违约表明缺乏“信”，由此而生的社会危害是喜好争讼。《周礼》有关于司市的一章（司市是管理市场的官员），说他“以质剂结信而止讼”。[42]根据王符和《周礼》的文字，契约性文书的主要作用是很明确的，争讼或违约等社会问题都是用信或无信来表述的。在地方层次上，乡啬夫对寇恩的声明也反映了王符的和《周礼》的看法。该声明强调了缺乏证据的情况下如实作证的重要性，并用“不以实”，说明此种情况的实质。

从“信”字的词源来看，信的观念与契约的密切关系也是显而易见的。除了道德含义，“信”字在现代汉语中也指信件。道德的含义和信件的意思也存在于汉代及其前代。汉代的字典《说文》以“诚”解释信。另一部著作，扬雄（公元前53年—公元18年）的《法言》以“符”来解释信。[43]符是文书，由当事人分掌，以为验证。在某些方面，符在形式上与当时的书面契约相似。汉代的史料有时在后一意义上使用“信”字。[44]偶尔把信字的信件意思和道德意思联系在一起是指契约或合同。《论语·学而》有一个较早而很有说服力的事例：“有子曰：信近于

义，言可复也。”在守约的意义上，一般的道德要求“信”是契约的基点，同时又与“义”一致。本文第四部分论述的汉王朝对待奴隶契约的政策中，这种义务观是显而易见的。出卖者“自由地”同意和承诺，并且互惠地从买主那里获得益处。这些契约还得到了国家的认可。然而，买卖时的经济不公平，又使买卖成为不道德的，国家允许被奴役者无偿地毁约。

除了作为契约的道德基点，“信”作为一种独立的价值观，其道德含义尚不确定。司马迁在《史记·游侠列传》中，即在不义的意义上谈到“信”。尽管参与各种犯罪，这些侠客仍向其信徒们显示忠诚慷慨，并根据基于“信”的道德准则生活。传统的道德家们谴责他们的行为，他们被抓获后，国家也处死他们。但司马迁却批评人们缺乏对他们的赏识，并称赞他们的诚信说：“今游侠，其行虽不轨于正义，然其言必信，其行必果，已诺必诚。”

然而，不能认为同一个“约”字既出现于政治领域也出现于私人交易中，它所体现的就是一个现象。细节、目的、制度背景和当事人的身份都是极为不同的。汉朝初年，“约”字的政治范围及与实际的关系是众所周知的。根据这种看法，“约”起了章程的作用，它确立同盟，确定同盟成员同意并受约束的条款。汉初，“约”的观念非常灵活地笼络了封国之君、军事将领和京城的居民。它也出现在陆贾的家庭中和前述的“合伙”中。汉朝的头一个世纪中，“约”字还用来表述刘邦所定立的皇家继位规则。

这些事例中的“约”，除了作为联结同盟的规范，也反映了对互惠的重视。在概念的层次上，这使人想起商业交易。这些政治性“约”的许多程序细节，如旁观者的出席，仪式的举行

(盟誓时包括歃血)，准备书面文书，也出现在当时的世俗契约中。如果（这是很可能的）“约”字的这一早期“政治”含义影响了它在日常交易中使用的方式，那么，它与罗马个人主义契约制度的对比就更鲜明了。在中国，古代的传统重视由当事人之约所形成的联盟和联盟成员的各种义务。

契约的宗教倾向是其合法性的更深层的来源，它证明了汉代契约的强制履行。仁井田陞和何四维都忽视了契约文书的这一侧面。[45]当代的中国学者也极为轻视他们视为迷信的东西。[46]例如，一些文书把义务归于埋在地里的尸鬼；一份文书指称山神为一方当事人。无疑，这些材料在某种程度上反映了土地常有的墓葬作用。吴天颖指出，这些地券的“迷信”因素来自它们作为地藏券的作用，与真实的土地买卖无关。[47]他认为，将近汉末，“迷信”的因素更为增加。然而，这种看法忽略了汉代信仰体系中很重要的一个方面。人类生活与自然和宇宙合为一体，这是汉代思想和制度的基础。[48]文书中超自然的材料表明，人们的生活与这类观念密切相关，因而在从事交易时，他们不可能忽视这些观念。

契约形成的仪式也含有潜在的宗教意味。[49]这些文书含有许多沽酒的材料。有一份文书明确记载酒由在场者饮之，说明这是某种饮酒仪式。文书关于分担酒钱的记载也是明确的。考虑到衍生汉代契约的更早的歃血盟誓，饮酒的潜在重要性就显而易见了。[50]

汉代的私人契约中究竟保留了多少盟的仪式要旨，不得而知。盟和约在形式上的相似很有启发性。二者的文书都是先列举当事人，然后概述条款。它们都提到证人，盟书中的证人是神灵，约书中的证人是出席签约者。汉代定约的饮酒仪式可能

是对原来的歃血仪式的替代，就像汉代墓葬中的陶俑是对早期人殉的取代。如果真是这样，那就会解释，为什么立约者们如此关心仪式要素的记载。没有这些仪式要素，契约就得不到神的赞许。这也能解释为什么契约的抄本要埋入坟墓。最后，延熹五年碑文也表明了汉代契约的宗教性，该契约保留了以往的盟惩罚和折磨那些争讼者的诅咒。[51]不过，碑文又表明，该契约也是世俗法律行为的依据，所以，世俗的契约与宗教的契约不是截然不同的。汉代，宗教约束力可以成为契约法律效力的有力支撑者。这大概是汉儒天人感应的自然表述。

2. 法律与合法性

中国的思想家们没有分析“约”的法律含义，这表明了他们对法律看法的基本特征。这与西方有着实质的不同。对于罗马人来说，法律权威的存在及对它的限制是至关重要的。例如，即使罗马皇帝是大部分成文法的制定者，但他的权力本身，也经由先前存在的法律程序而成为合法，他的权力的理论基础是由权力合并的过程确定的。他同时拥有几个原先性质截然不同的官职，每一官职都赋予他一定的权力。从理论上说，这些不同的头衔、权力和特权中的每一项，都是由根据法律颁布的特定的法令授予的。因此，契约义务的可强制性来自制定法的看法，就是罗马政治权力的基本原则之一在契约领域中的推导。

中国人，尤其是汉朝人，却具有完全不同的看法。在某种层次上，中国人也认为某些法律来自统治者的意志。例如，西汉的一位大臣曾说：“前主所是著为律，后主所是疏为令。”[52]然而，这些成文法是在统治者的自由决定权的范围之内，与他作为皇帝的合法性无关。

在更深的层次上，汉代的理论家们则否认这样的看法，即

法律在更广泛的意义上是人们意志的表述，无论该意志是一些人的或是皇帝的。在他们看来，这类观念与可耻的秦王朝联系在一起，而刘邦就是反对秦朝才造反的。[53]汉文帝时的廷尉张释之表达了汉代人的看法，他对文帝说："法者，天子所与天下公共也。"[54]

秦朝的政体建立于法家思想的基础之上。法家认为，社会结构和经济结构、法律、价值观，以及（也许是最重要的）语言都是社会习惯，都是人的意愿而不是自然的产物。它们的合法性即在于它们能够增进国家利益。秦始皇把一套全新的法律制度强加给了帝国，这又加剧了人民的不满，从而加速了王朝的灭亡。虽然汉朝的统治者们保留了大部分秦代法律制度，他们及他们的理论家们却毫不犹豫地批评秦律的残酷和专断。他们说，秦律违背自然，造成了王朝的覆灭，而汉朝的兴起则是自然的和必然的。汉代的大史学家司马迁（死于公元前 86 年）贴切地概括了汉代官方对秦律的看法：

> 昔天下之网尝密矣，然奸伪萌起，其极也，上下相遁，至于不振。……汉兴，破觚而为圜，斫雕而为朴，网漏于吞舟之鱼，而吏治烝烝，不至于奸，黎民艾安。由是观之，在彼不在此。[55]

汉高祖初入秦都，即与父老豪杰相约改善法律："父老苦秦苛法久矣。……与父老约，法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪。余悉除去秦法。"[56]

无论是坚持汉初的黄老学说，还是坚持汉儒的学说（该学说在公元前 2 世纪结束后影响力日增），理论家们一致认为，统治者和制度必须与宇宙秩序和谐，以求合乎正统。班固（公元

32—92 年）的《汉书·刑法志》开篇就说，统治权的道德基础在于宇宙和人类在其中的地位。然后他又说：

（圣人）必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民情，而则天象地。……故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。[57]

3. “市场”观念

汉代的著作家们通常不论述个人交易的问题，他们对个人交易的看法，可以通过对这类交易所构成的积累进程的论述来说明。现代西方，这样的积累是用“市场”表述的。[58]为了描述经济交换的方式，汉代的著作家们使用了许多有机体的或宇宙论的隐喻，并赋予它们道德的意义。

按照汉初的思想氛围（受黄老思想的影响），只有当法律和制度与宇宙和谐时，它们才是合法而有效的。不过，黄老也认为，宇宙运行的知识非人所能知。产生于供需的而又不可知的矛盾，是所有现象中的矛盾的表现。在黄老看来，只有适应性强的和灵活的政策才能调和这一矛盾。所以他们认为，法律的使用必须保持在最低限度，以免破坏自然秩序。

在经济领域，这类观念支持了这样一种信念，即应该听任人民自我安排，允许个人按照自然的要求作为。这种政府在经济中的不干涉主义，是汉初几十年的特征。司马迁的《史记·货殖列传》中也有类似的观念：

故待农而食之，虞而出之，工而成之，商而通之。此宁有政教发征期会哉？人各任其能，竭其力，以得所欲。故物贱之征贵，贵之征贱，各劝其业，乐其事，若水之趋下，日

> 夜无休时，不召而自来，不求而民出之。岂非道之所符，而自然之验邪？……
>
> 论其有余不足，则知贵贱。贵上极则反贱，贱下极则反贵。贵出如粪土，贱取如珠玉，财币欲其行如流水。……
>
> 由是观之，富无经业，则货无常主，能者辐凑，不消者瓦解。

司马迁借用道家水往低处流的隐喻来描绘市场活动，在市场中，经济活动者可以自做选择。做这样的描述时，他在汉代道德说教的背景中暗示，市场交易是自动地和必然地回应形势的变化。通过把这些回应与自然变化等同起来，他把它们与宇宙论的道德基础联系起来。

《史记》一类的汉代典籍说明，当时已经有了经济交换的观念，经济交换被认为是有机整体的一部分，具有由供需决定的节奏。这些东西与我们的“市场”观点有表面的相似性。我们的“市场”观念通常与现代西方的契约观念联系在一起。

先秦的法家认为，市场活动体现了人的利己本性与货财多少的关系。[59]他们主张，让市场鼓动个人努力是合乎人心的，因为这样的政策会提高生产力，除去懒惰或非生产性因素。法家又认为，社会制度和法律制度都是人为的，自然变化所起的作用较小，而国家活动的范围较大。他们还认为，人性是一个不变的和可知的因素，市场中的个人活动是法律政策可预见性的基础。由于法家与秦朝官方思想有着密切联系，汉代的思想家们一般贬低他们的观念。但在实际上，由于汉代保留了许多秦代的法律和习俗，这些观点仍是有影响的。

汉初的黄老和其他思想家共同认为，法律必须反映自然。体现在汉代典籍中的“市场”观念，就像法家的“市场”观念一

样，是普遍存在的。它强调商品多少的波动，并断定致富是与市场的各种力量吻合的标志。但与法家不同，汉初的思想家们不注重国家行为或人性；前者是受谴责的，后者是不可知的。相反，他们强调宇宙间生物与非生物相互作用的普遍性，以此为“道”的特性。当每一个经济活动者消除了个人意愿，让自己从属于宇宙的自然运行时，市场就能够达于完美。虽然这种有关市场实际效果的观点可能与现代西方的看法相似，但观念的出发点却是绝然不同的。道德上的合法性来自有机体的发展，而不是个人的意识。结果，在市场观念和基于个人意愿的自治观念之间，就不可能有必然的联系。

按照这样的观点，通过强调个人适应经济因素很重要的观点，契约能够成为使个人与有着盈亏节奏的活动的自然过程和谐相处的工具。同时，强调适应形势变化的必要性，又会有助于更为灵活的契约关系本身。

随着时间的过去，黄老思想对汉王朝的影响日益减弱，而汉代早期儒家的许多法律惯例和制度惯例却继续发挥着作用。它们越来越采用儒家的伦理词句而合法化。

4. 汉代儒学中的义务与合法性

依据汉儒，义务来自人生活于其中的一些原始的互利关系。董仲舒及其后继者们把这些关系称为三纲五纪，即三种约束和五种关系。三纲指君臣、夫妇、父子之间的关系。纪是规则或关系。尽管董仲舒觉得没有必要说出纪的内容，但在汉代，纪通常指家庭关系。[60]这些关系被视为自然的产物，就像太阳和月亮或天和地一样。“王道之三纲可求于天。”[61]它们与自然万物一样，都是阴阳五行交感的产物。这样，汉儒就把义务的起源归结于三纲五纪，并由此而认为，人应该处于和谐的宇宙秩

序中。把家庭关系作为自然的一部分和宇宙秩序的体现，与汉初尚存的旧传统不同，旧传统是把家庭的某些义务置于约的基础上。

对于上述原始而自然的互利关系来说，以契约作为义务来源的观点则是立于一种模糊的关系之上。在某种意义上，契约与三纲五纪相似。但实际上，约字的基本含义是强调约束力，正如早期的盟誓仪式（汉代的立约仪式即源于此）那样。由于契约是确立人与人之间的关系，所以该关系可视为义务的基础。从这个意义上说，契约可用于扩大人际关系的范围，并从而扩大伦理义务的范围。不过，在私人契约与国家强制它们履行的能力之间，这样的观念会引发一些冲突。如果契约的伦理含义来自该契约所显示的关系，那么，国家就难以证明强制契约条款是正当的，因为这种强制与同类关系中的其他义务相抵触。这类问题可能出现于寇恩案中。此外，王褒关于奴隶契约的故事也涉及了这一问题。

另一方面，契约形成的方式也会引发一些问题。根据汉儒，一些人际关系之所以具有伦理意义，恰恰因为它们是自然秩序的体现。就这点而论，人伦关系具有驯服人性冲动的功效。但是，契约是人类行为而不是自然秩序的产物，它有可能违背三纲五纪所确立的原始义务。从这个意义上说，商业活动得以进行的私人交易可能是对伦理秩序的腐蚀。

儒家学说与私人商业活动的冲突是后期中国历史的显著特征，而在汉代就可看到其初生形态。例如，这种冲突反映在公元前 2 世纪以后的典籍中，这些典籍关于市场的看法已经有所变化。这种冲突也出现在公元前 81 年争论政府经济政策的著名会议上。根据记载，御史大夫桑弘羊（工于计算）在会议上为

政府的干预主义进行了辩护。他认为，运行良好的市场，其效果非常有益，这很像前述“不干涉主义”者的观点。但又有不同。桑弘羊主张，为了保证商品流通、防止个人囤积和改善交通设施，在必要时，国家可以通过强有力的干预措施提高生产率。参加会议的文学却批评市场是恶势力，认为它以贪婪为动力，反复灌输反社会的价值观。文学还指出，市场使人民不能专一地从事农业生产，引导他们从事非生产性的商业。他们认为，市场错误地把人民从生产引向挥霍浪费。

汉代儒家的道德观念与社会实际之间的差距，突出地表现在同一家庭成员之间的契约中。我们已经看到，这类契约有时以争讼终结。汉代，在所有的社会关系中，家庭关系最为重要。到了公元前1世纪中叶，家庭关系成了道德说教的核心。随后的几个世纪中，汉朝选官的根据之一就是孝敬。

陆贾与儿子们的契约是很引人注意的。它产生于汉初，产生于董仲舒的思想体系占支配地位以前，产生于汉儒所崇尚的孝道蔓延以前。事实上，正如我们所见，汉初的思想家们认为，市场交易体现了自然的供需规律。市场也反映了旧的以“约”为基础建立联盟的传统。这样，陆贾的事例就与延熹五年碑文形成了有趣的对比。在汉代儒家传播了两个多世纪以后，该碑文记载了亲属之间的买地契约，说明社会上私人契约持续存在。它也宣布：所卖之地不得有争，如有争讼，天罚之。[62]这又证实了这样一个论点，即法律对契约条款的强制应遵从家庭关系优先的原则。家庭关系优先，是道德优先于法律的组成部分。当然，碑文也具体记述了家庭成员之间争讼的可能性。

5. 契约与市场管理

汉代，儒家的伦理价值观与经济运行的实际要求之间存在

着冲突，这反映在使某些契约具有其他附加作用的制度中。

本文一直重点论述书面契约的私人功能。根据这个看法，应当允许当事人筹划他们的业务，记录自己的协议，以促使契约条款的履行。不过，这些书面契约可能还具有其他的作用，即它们不仅用以实现个人交易，而且也在经济交往中实现国家公共的利益。这个看法在理论上得到了汉代儒家有关礼制典籍的证实。出自东汉首都的材料表明，在某种程度上，管理职能已在城市市场上制度化。

汉朝灭亡后的一千年中，私人契约文书往往产生于牙人或牙保人的制度中。这类中间人的作用和意义不断变化。汉亡以后的几百年中，社会身份比较固定，贵族居于社会阶层的顶端。各种小吏，包括商业代理人和牙人兴起，处理世俗事务。晋代（265 年—317 年）第一次出现牙人，距本文所述的一些汉代契约仅仅几十年。[63]唐朝（618 年—907 年）晚期以后，贵族衰落，新的官僚制国家于宋代（960 年—1279 年）产生。与此同时，商业活动的步伐加快，国家越来越多地对专业牙人进行管理。宋代还发生了儒家伦理思想的复兴。在这一变化进程中，汉代的观念和事例起了重要作用。尽管政府尝试用各种新手段管理契约，以适应经济的发展，但《周礼》仍是变法讨论中的基本经典，公元前 81 年的盐铁之争也影响着有关经济政策的讨论。这种沿袭下来的观念，与不断变化着的经济形势之间相互作用，继续存在于整个帝国时期。

根据发展了的制度，交易分为两类：影响税收的交易和不影响税收的交易。[64]国家在应征税的交易中明显获利，这类交易使用书面契约。此外，这类交易的当事人不得自己起草契约，他们必须找中间人，由中间人起草契约、征税和记录交易。然

后，中间人又负责为国家征集资金。

在政府要求由中间人起草契约的买卖中，当事人的协议只有在必要的文件起草后才有约束力。这一要素十分重要。例如，在牲畜和奴婢契约中，隐藏的疾病会使买主承担风险。后代，这类契约的当事人，可以在付钱 3 天以后再办理书面契约文书。在这 3 天里，协议可以取消，但在文书制定后立即生效。[65]

如果汉代存在一种宽泛的管理制度，作用类似于后代的牙人管理制度，那么，我们对汉代契约的本质及作用的描述就会更丰富。然而，关于这一问题，现有的史料却是模糊不清的。有迹象表明，一些政府小吏起了类似于后代牙人的作用。

城市中的贸易是在政府组织的市场上进行。活动于这些市场的商人接受登记，并要支付一定的商业税。根据记载，东汉首都洛阳的市场有一支由 36 人组成的管理队伍。他们监督登记，定期规定基本价格，并监督买卖契约。[66]这种管理仅适用于城市市场中的商人，他们一般地位低下。这种管理制度显然不涉及大宗的易地贸易。在乡村，大土地所有者积极从事商业活动，土地、奴婢和其他商品以借贷交易的方式被收买、出租和使用。地方上是否存在管理，不得而知。地方官府确有一些官吏，他们的名称与市场有关。[67]地方市场的存在是没有疑问的，但地方政府与这些市场的关系不得而知。晁错、董仲舒和王符一类的政论家常常抱怨大商人的财富、权力和随心所欲的活动，这也表明商业活动范围之广。

后汉的大学者郑玄（127 年—200 年）提供了一些要求商业文书的材料。他在儒家经典《周礼》的注中说："大市，人民马牛之属，用长券；小市，兵器珍异之物，用短券。"[68]这个注表明，有某种规程规定了特定货物所需的券书类型，但它没有提

示该规程是如何管理的，规程是来自于法律还是直接来自习俗。

许多人认为，《周礼》的编纂完成于汉代。《周礼》描述了理想的政府体制，汉代学者认为，这种体制曾在周代实行过。正因为如此，汉代学者经常引证它的材料来论述政治制度及其变革。上述郑玄的注是说明质人的职责。根据《周礼》，质人的职责包括：协调市场上的买卖或物价，为当事人的买卖起草契约。[69]起草的券书，大市称为质，小市称为剂，两个字也合并为质剂。虽然《周礼》与汉代的实际没有多少关系，但它用以描述质人职责的"质剂"却出现在后汉的史书中。后汉的著作家张衡曾说："今也，皇泽宣洽，海外混同，万方亿丑，并质共剂。"[70]不过，这条材料过于单薄，不能由此得出结论说，这类中间人制度曾在汉代广泛存在。此外，王褒的故事也说明相反的情形，因为在后来一宗有中间人参与的大交易中，没有提及第三者的说项。同样，前面论述过的土地买卖契约也未涉及这样的制度。

不管这类市场管理制度在汉代是否通行，《周礼》对质人的叙述却表明，它的看法与汉儒相似。《周礼》把质人描述为市场上的中间人，所用的词句，与后代皇帝为发展牙人制度而讲的道德原理相似。[71]儒家关于书面契约作用的看法，从理论上解决了上述汉代契约实践与儒家对商业活动敌视之间的冲突。通过在经济活动者之间插入国家委任的第三者，国家所赞许的道德品质就可以传播到市场中去。正如我们所看到的，儒家认为，无拘无束的市场是一种受贪欲驱使的现象，它将导致人民中间恶习的产生。国家间接地涉足契约订立的过程，可使书面契约文书得到官方的认可。尽管儒家敌视商业活动，但中间人的准官员身份，却是儒家证明国家强制私人契约履行为合法的基础。

对于汉初的放任主义和随后的干涉主义来说，基于契约的市场管理方法是另一种选择。司马迁所赞扬的放任政策带来了商业的增长。正如我们所知，当时的儒家批评日益发展的商业活动，因为他们认为，市场价值观破坏了人们的道德结构。根据同样的观点，儒家也批评了国家直接介入商业的积极政策，而桑弘羊却在盐铁会议上为此进行了辩护。从实际的角度来看，基于契约的市场管理会保护国家在税收方面的利益；从理论的角度来看，《周礼》所设想的中间人制度和书面契约制度也会保障国家在税收和管理方面的利益。汉代，这种制度在某种程度上仍是儒家的理想，尽管，产生这种制度的基础可能是城市市场。汉代的礼制典籍所遗赠给后代的观念和汉代的制度所遗赠给后代的先例，将在整个帝国后期对社会实际产生有力的影响。

六、结　论

汉代的契约文书显示了过渡时期的两重性。汉代发生了制度上和观念上的革新。汉王朝是中国历史上第一个延续时间很长的帝国，它扩展了国家负责审断纠纷的原则，它的法制机器也已延伸到了县以下的地区。材料表明，汉代的法律体系确实确认并强制了契约的履行，尽管汉代的著作家们没有谈及这一问题。契约的强制履行并未由非正式的习惯来管理。

官方对契约制度的支持，与汉初的发展趋势一致。汉初的发展，使得自发的市场促进了经济的良好运行。尽管作为中国人精神生活中的一个因素的汉初思想很快就衰落了，但契约文书的形式和内容却保存了下来，而且在很大程度上成为此后二

千年中该类文书的模式。事实上，甚至在 19 世纪后期的契约形式上，汉代的影响仍是显而易见的。[72]

汉代契约中，当事人的自由决定权不明确，这在表面上与现代西方相似，但这种相似性可能是错误的。在现代西方，自主和自由选择与较为广泛的道德观念相联系，它们本身就是法律系统的重要目标。汉代占主导地位的思想体系却不具有这样的看法。黄老思想和儒家思想都强调，消除个人意志，把自我放在次要的地位。在黄老的思想体系中，个人意志和自我从属于自然进程；在儒家的学说中，个人意志和自我从属于基本的家庭关系和社会关系。

如果我们考虑到市场的作用，这方面的问题就更清楚了。市场作用运行着的实体，是许多经济体制中共有的现象。正因为如此，简单的经济增长需求往往引发功能上相似的反应。但市场作为一种思想，由社会中的思想家来自觉地阐述，却是罕见的。作为一种文化结构而不是一种经济单位，“市场”引发了一些与道德观念密切相联的观念。正是在这种与道德观念密切相联的观念中，“市场”被看作是运行着的。这些观念为一些复杂的制度，诸如管理契约和强制契约履行的制度，涂上了色彩。在现代西方，“市场”观念一直与寻求契约内在的一般性要素的观念相联，这使得法律的强制履行成为合法。

汉代人用自然主义的和有机体的隐喻来论述商业，这与“市场”的特征相似。在汉初的思想家看来，市场是一个积极的因素。但它的功效依赖于经济活动者将自身从属于自然秩序的“道”，不需要政府行为的干预。在儒家看来，市场是一个消极的因素，它诱发了人性的卑劣面。如果社会要获得良好有序，人性的卑劣面就必须置于道德礼仪的约束之下。黄老和儒家都没

有把自主确立为与市场有关的观念。此外，二者也都未能把合法性问题与契约本身的内在因素联系起来。对黄老来说，“道”是合法性的唯一来源；对儒家来说，市场交换是合法性的敌人而非来源。然而，尽管儒学作为官方正统已开始传播，但在整个汉代，法律对私人契约的强制履行依然存在。

契约的强制履行，在概念上使用了这样的词句：坚持“信”的道德义务，剥夺不诚信者的不义之财。由于契约义务是道德统一体不可分离的一个部分，所以不存在契约理论的分裂。国家广泛地强制私人契约的履行，其结果则是存在着契约“法”。不过，合意交易的法律含义却不同于古代或现代西方。契约作为经济活动的最简单的手段，汉代的实际与同时代西方的实际有一些相同点。但道德观念上的显著不同，又使得适应经济需要而建立起来的制度绝然不同。

汉代所遗留下来的，法律对私人契约的强制履行和发展商业活动与儒家伦理观念之间的冲突，一直存在于整个中国历史中。随着中国经济的根本性变化时期的到来，解决这一冲突的各种努力也造就了一些强制契约履行的新方式。这些方式有时作为行政控制的手段来起作用，如牙人制度，或如官方的正式契约文书。有时，汉初的措施也会重新出现。尽管从表面看来，中国法律的词汇没有实质变化，法律史料中也缺乏有关契约被强制履行的材料，但传统中国的契约发展却不是静止的。正如有关其他历史时期的研究所表明的那样，中国传统含有一些涉及契约作用的手段。这些手段的演变一直持续到今天，它反映了中国社会中经济发展与道德观念之间的相互影响。而这些手段的范围及其与道德观念的冲突，其雏形在汉代就已出现。

注 释

［1］ 博德在有关这个题目的一篇文章中说："法律对于刑法的强调，意味着它全然忽视了民事性的事务（例如契约）。"D. Bodde &. C. Morris, *Law in Imperial China* 4 (1967)。一位著名的中国法律学者也丝毫没有论述过契约或经济法，但他在自己有关中国法律制度的主要著作中却得出结论说："换言之，中国古代法律保持其基本特征达数世纪之久，直到近代法律颁布。稳定性来源于社会结构，尤其是家族和阶级的静止。法律维护现存的秩序，因而也反映静止的社会。"Ch'ü T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China*281 (1961)。当然，瞿同祖先生并不认为法律在所有的方面都是静止的，他仅指古代法律没有变化的儒家化特征。

［2］ 感觉和定义之间的差距也是很大的。当一个人说有或没有某类"法律"时，答案在于他观念中的"法律"是什么。我主要是把由国家司法系统强制履行的契约当作契约"法律"。

［3］ 梅因：《古代法》，商务印书馆，1984 年，第 96 页。

［4］ 同上书，第 97 页。

［5］ 同上书，第 190—191 页。

［6］ 同上书，第 13 页。

［7］ 同上书，第 14 页。

［8］ 例如前引博德和瞿同祖的著作。

［9］ 研究汉代国家对契约的态度，一个重要而无法解答的问题是秦代政策的延续性。一批重要的秦代法律资料已由中国考古学家发现，但遗憾的是几乎没有与私人交易有关的资料，因而不能说明本文的问题。见 A. Hulsewé, *Remnants of Ch' in Law* (1985)。又见 Hulsewé, "The Influence of the 'Legalist' Government of Qin on the Economy as Reflected in the Texts Discovered in Yunmeng County", in *The Scope of State Power in China* 211, 229—231 (S. Schram ed. 1985).

［10］ 我们必须把得出的结论视为操作性的假设，并希望它能比传统的看法更好地解释现有的资料，推进研究的进程。幸运的是，中国考古

发现的持续丰收，将使这类假设得以改进。

［11］ 现代学者在涉及解释性问题，即如何从原文中引申出“意思”时，曾广泛使用解释学的方式。在历史研究中，根植于特定历史时期的文献的内在“意思”是什么，以及这些文献对解释它们的历史学家又“意味”着什么，对此二者做出观念上的区别，一直是一个重大问题。参见 H. Gadamer，*Truth and Method* 173—307，324—379 (J. Weinsheimer & D. Marshall trans. 2d ed，1989)；Hirsch，“Truth and Method in Interpretation”，18 *Rev. Metaphysics* 488 (1965)；Robinson，“Hermeneutic Since Barth”，in *The New Hermeneutic* 1—75 (J. Robinson & J. Cobb eds. 1964)；Funk，“The Hermeneutical Problem and Historical Criticism”，in *The New Hermeneutic* 164，181—197 (J. Robinson & J. Cobb eds. 1964). 不过，本文的方法将不会陷入最终不能解释的对语言与经验或主体与客体进行抽象区别的困境。相反，本文接受研究其他时代文献和实际的辩证的理解方法。Geertz 在其所著 *Local Knowledge* 中，对这种辩证方法做了贴切的概述。

［12］ C. Geerts，*Local Knowledge* 69 (1983)．公认的答案是自身说明自身。对于我们最终能“懂得”其他文化或时代的文献的意思，怀疑论者可能会拒绝相信。如果推向极点，这会导致一种唯我论者的论点，对理解任何事物的可能性都拒绝相信。我们的时代之所以更有理解力，唯一的原因就是我们比祖先拥有更多的共有假设。历史分析的目的之一就是填补某些共有假设，同时也有助于更好地理解历史文献。见 E. Hirsch，*Validity in Interpretation* 40—44 (1967)（论述历史文献的可知性问题）。

［13］ A. Simpson，*A History of the Common Law of Contract* 5—6 (1975).

［14］ A. Simpson 前揭，6 页（着重号为作者所加）。

［15］ Hulsewé，“‘Contracts’ of the Han Period.”他在谈及这几方面时确信，这种非常的一致性隐含着一种法律渊源。

［16］ 王褒：《僮约》。此处引文据《全上古三代秦汉三国六朝文》。

［17］ C. M. Wilbur，*Slavery in China during the Former Han Dy-*

nasty 72—97 (1943).

[18] 《汉书·食货志》;《汉书·高帝纪下》。

[19] 《后汉书·光武帝纪下》。

[20] 有一些涉及文书与法律关系的材料,但它们的含义不明确。建宁元年地券提到“律令”, Hulsewe 说这与国家的成文法一致。见“ ‘Contracts’ of the Han Period.”不过,现有材料中没有关于契约格式的规定,尽管契约格式的极为相似似乎表明存在着这类规定。仁井田陞解释这一点说,这意味着该地券本身就像(或应当视为)法律。见仁井田陞:《中国法制史研究:土地法·取引法》,1960年,420—421页。参见张晋藩《法史鉴略》第130页,他把这类材料看作对契约法律效力的说明。

[21] 《周礼·秋官·士师》。

[22] 《周礼·天官·小宰》。

[23] 《周礼·秋官·朝士》。

[24] 徐苹芳:《居延考古发掘的新收获》,《文物》1978年第1期。又见 Hulsewé,“A Lawsuit of A. D. 28”, in *Studia Sino-Mongolica* 23 (W. Bauer ed. 1979).

[25] 中国的考古学者对原告“粟”的名字尚有争议。一种说法是,木简上的“粟”显然是“栗”字之误,栗为姓。另一种说法是“粟”本身可能就是一个不常见的姓。我使用木简上的“粟”字。

[26] 有间接材料表明该案可能做了处理。与简册相联的一支残简上有提及某人“政不直”的法令,但不知是谁,也没有判决材料。

[27] 参见李均明:《居延汉简债务文书述略》。

[28] 《古代法》,154页。

[29] 仁井田陞前揭,445页。

[30] 《汉书·韩延寿传》(描述一位地方官因管区内有兄弟二人为财产争讼,感到悲伤而意欲辞职);又见《后汉书·许荆传》(描述兄弟争财相讼)。

[31] 《太平御览》,卷836,《资产部·货财》。

[32] 《史记·陆贾传》。

［33］　严耕望：《中国地方行政制度史》，第1册，238页；劳干：《居延汉简考证》，36页。

［34］　严耕望前揭，137，223页。民事诉案由辞曹处理，刑事诉案由决曹处理。

［35］　《史记·平准书》。此事的目的可能是剥夺那些“买”皮币者的财产，而不是发行一种新形式的通货。真正的纸币产生于宋代。

［36］　R. Lee, *The Elements of Roman Law* 344—345 (4th ed. 1956).

［37］　M. Kaser, *Roman Private Law* 50 (1984).

［38］　《孟子·公孙丑上》第3章，《离娄下》第11章，《尽心下》第25章；《荀子·仲尼》；《淮南子·原道训》，《主述训》，《泛论训》，《要略》。

［39］　《礼记·曲礼上》。

［40］　《论语·学而》。

［41］　《白虎通·情性》。

［42］　《周礼·司徒·司市》。

［43］　《法言·修身》。用“符”来说明作为道德品质的“信”的功能。

［44］　《汉书·平帝纪》元始五年，《后汉书·窦武传》。

［45］　Hulsewé, “ 'Contracts' of the Han Period”, 12, 27—29；仁井田陞前揭，415—454页。

［46］　参见张传玺：《中国古代契约发展的四个阶段》，载《秦汉问题研究》，1985年，140页，146页。

［47］　吴天颖：《汉代买地券考》，《考古学报》1982年第1期。

［48］　汉代考古发掘的最新收获表明，汉代生活中弥漫着这种宇宙论的和超自然论的影响。参见：M. Loewe, *Chinese Ideas of Life and Death: Faith, Myth and Reason in the Han Period* (1982)（概述了汉代生活的这一侧面）。

［49］　例如，饮酒不可能是担保形式或对证人的报酬。它既出现在

现钱交易中，也出现在赊欠交易中。土地买卖中，酒与交易物的价值无关。常见的“半”或“各”与证人数目无关，只表明由交易的双方，买主和卖主分担。敦煌赊欠契约将酒三斗与两个证人联系起来，但未说明这种联系的实质。见本文第二部分的“买卖契约”。

[50] Hulsewé 虽然指出约的仪式和盟的仪式相似，但怀疑二者之间有联系。见“ ‘Contracts’ of the Han Period”，12.

[51] 仁井田陞前揭，445 页。

[52] 《汉书·杜周传》。

[53] 贾谊：《新书·过秦论》。

[54] 《史记·张释之列传》。

[55] 《史记·酷吏列传》。

[56] 《史记·高祖本纪》。

[57] 《汉书·刑法志》。

[58] 这里的“市场”一词有两层含义。一方面，像现代经济学家所做的那样，市场用来描述外在的经济交换的网络。另一方面，“市场”也是一种观念，一种独特的观察，通过它，经济交换的网络得以确立。在这里，不加引号的市场是在对经济描述的意义上来使用的，而加引号的市场则指市场观念。

[59] 法家的人性论发端于商鞅：“民之于利也，若水于下也。”（《商君书·君臣》）后来，韩非详尽论述了这一重要论点，以预见法律的作用：“凡治天下，必因人情。人情者有好恶，故赏罚可用，赏罚可用则禁令可立，而治道具矣。君执柄以处势。”（《韩非子·八经》）

[60] 这在《白虎通·三纲六纪》中有解释，但原文指六纪。

[61] 《春秋繁露·基义》。

[62] 仁井田陞前揭，445 页。

[63] 斯波义信：《宋代商业史研究》，1968 年，第 392 页。

[64] 同上，第 392—406 页。

[65] 同上，第 232—236 页。

[66] Bielenstien，“Lo-yang in Later Han Times”，48 *Bull. Museum*

E. Antiquities 1，58—59（1976）.

[67] H. Bielenstien，*the Bureaucracy of Han Times* 100（1980）.

[68] 《周礼·地官·质人》郑玄注。

[69] 《周礼·地官·质人》。

[70] 《后汉书·张衡传》。

[71] 斯波义信前引书，第392—406页。

[72] 见Brockman，“Commercial Law in Late Nineteenth-Century Taiwan”.

安守廉

知识产权还是思想控制：对中国古代法的文化透视*

梁治平　译

纵观整个中国法律史，有一点很清楚，即中国人对于未经授权就复制文献典籍的问题并非无动于衷。有证据表明，早在周王朝于公元前1200年建立之前，中国人就对辨识商品的方式感到兴趣，[1]从秦朝开始，他们关心文字材料的分配，[2]汉朝（公元前206年—公元220年）则开始注意对未经授权就复制经典的作法予以禁止。[3]不过，只是在唐朝，随着印刷术的出现，[4]人们才第一次发现对出版和复制施行管理的实质性的和持久的努力。可能是有史以来第一个这样的措施由文宗皇帝于公元835年以敕令的形式发布，这条敕令照例成为《唐律》的一部分。[5]法令禁止人民未经许可而复制历法、历书及相关文献，它注意到，当时在西南地方，历书等被大量地复制，并且流布于整个中国。时间和天文远非神秘现象，它们对于皇帝主张他是沟通人类和自然事件的中介这一点至关重要，它们也因此要受到宫廷星相学家的严密控制。这道对于盗印官颁著作的最早禁令很

* 本文原为《窃书不为偷》(*To Steal a Book is an Elegant Offense*, Stanford University Press，1995）一书的第一章，原文刊载于《中国法研究学刊》第七卷(1993)。为使文章讨论的问题更加集中，中译文省去原文引言和第一节未译，并且相应地更改了标题和调整了注释编号。

快就扩大到其他方面。在它崩溃以前，唐朝还禁止私自抄录和传布国家法律文告[6]和官撰史书，禁止复制、传布或收藏“妖书妖言”(造妖书妖言)以及大多数有关佛教和道教的著作。[7]可惜的是，关于这些禁令和规定的实施情况，并未留下可资证明的材料。

因为受到印刷技术进步和识字者相对增多的刺激，宋朝（960 年—1279 年）前期便出现了印刷材料生产上的显著增长，这些材料由国子监和一些“私”人雕版印行，后者当中有许多人实际是经营副业 (sideline activities) 的政府官员。[8]出于对不适宜的印刷材料扩散的担心，1009 年真宗皇帝发布敕令，要私人印刷者把他们要出版的著作呈交地方官署作出版前的审查并且登记。[9]

出版前检查的主要目的是要阻止私人复制专属国家控制的材料和防止私刻异端材料。至宋，专属国家控制出版的图籍既包括唐文宗 835 年敕令中指明的条目，也包括官颁经典（其复制必须由国子监主持)、帝国文官考试的标准答案、地图以及与政府内部运作、政治活动和军事事务有关的材料。[10]被认为是异端的范围也扩大到包括广义上定义的色情文学、使用皇族成员或祖先名字的材料，以“不合宜的”文体所写的东西，或者“无益于学者”的作品。[11]

国家为实行出版前检查制度而订立的刑罚突现了它的目的。出版并非属于国家专控或禁止的著作，出版者若事前未获官方许可，要受到杖一百和毁其印版 (printing blocks) 的处分。而复制上述违禁品的人则要受到严重得多的惩罚。[12]比如，私自复制天体图者流三千里。这实在是极严重的刑罚，因为犯者不但要被遣送至荒凉边远地区，而且会在很大程度上被摈除于

其家族之外，远离祖先坟茔和语言、文化上的家园。

宋代出版前检查制度的一个有趣的副产品是，获得出版许可的人似乎有时会在他们印行的著作里刊载有关这种国家行为的声明，以反对私自翻印。这些声明中典型的一例见于一部12世纪的四川历史著作，这则声明说："本书向由梅山陈秘书郎之家刻印，且登录于官府。诸人不得翻刻。"[13]不幸的是，对于陈氏家族和处境类似的其他人来说，那些在惩治私自翻印经典和禁绝异端方面如此用心和严厉的同一些法律，既不曾明确禁止盗印更具世俗性的作品，也没有提出针对这种作法的罚则。有某种证据表明，一些出版无害书籍的刻印人求助于地方官以反对未经许可就使用他们的著作，他们甚至为此而张挂招贴。然而这些尝试看来是零散[14]和特殊的，这很可能是因为这样一个事实，即刻印人与地方官时常是一体的和同一些人，就像上述陈秘书郎那种情况。实际上，到宋代晚期，朝廷好像很难确保实施有关私自翻刻被认定是专属国家控制的著作的禁令了。[15]

宋以后的帝国尤其是明（1368年—1644年）曾竭力加强国家对出版的控制，不过，直到清以前，正式的法规结构相对没有变化。[16]宋以后的历朝法典都对擅自翻刻有关天文学的官颁著作、文官考试和一向被认为是敏感的其他主题厉行禁止。此外，历朝法典都有禁绝"妖书"的规定。这些规定每过一段时间就为特别法所补充——比如，洪武皇帝（1368年—1392年）要求禁绝所有哪怕是借谐音双关手法间接地诋毁新兴明王朝的作品的命令，[17]还有乾隆皇帝（1732年—1799年）命令审查所有文献以便禁毁一切包含异端观念的作品的著名的1774年法令。[18]

尽管明朝统治者有意对出版施以更严密的控制，由宋代发

展起来的正式的出版前审查制度看来已经难以为继。明代中期和晚期，朝廷曾努力要恢复主要是在地方一级的国家控制，但是由有关私自翻刻和为商业目的而作的文本改编的广泛记载来判断，这种努力似乎并未取得特别的成功。[19]其结果，清人致力于加强地方官在这方面的职能，以致在1778年重新建立了地方的出版前审查的严格制度。[20]

国家在涉及私自翻刻问题时对于控制出版的高度关注并不表明存在我们现在借助于商标或者专利予以保护的东西。尽管在20世纪以前，中国国家对于商业和工业事务的关注比较人们一向认为的要更加密切，[21]它却不曾为专有的标记或发明发展出一套全面的和集中颁布的正式的法律保护。

历朝法典确曾通过一套精心制定的节约法令限制使用某些与皇族或官府联系在一起的标记（诸如五爪的龙）。[22]它们还禁止模仿由景德镇的陶瓷艺人和其他专为皇家制作器物的人使用的标志，[23]并且规定某些手艺人将其技艺传至国外为非法。[24]然而，这些禁令并没有预示有一个比较宽泛的集中化的法规模式。

缺少直接针对商标和发明的国家法规并不完全排除人们想要保护商标和发明以防止他人盗用的努力。北宋（960年—1127年）的记载表明，山东济南一个刘姓家族使用一个标记，上有白兔图形，并附有称许其缝衣针优良品质的说明。[25]刘家及其白兔并非仅有的一例。行规、族规和其他材料表明，至迟从宋代开始，茶业、丝绸、服装、纸张、医药以及其他行业的生产者，通过在其器物上打出标记、公开声明他人不得使用有关标记、在行会和有时是在地方官署登录其标记等方法，来维持他们使用的牌号和标记。[26]此外，有些生产者，比如著名的同仁堂

系草药生产者们，只靠雇用家族成员或阉人，或者，靠保守关键生产程序的秘密，不让家族以外之人知晓，来维系其生产过程的机密性。[27]

不过，可以表明人们曾努力要保护专有标记和程序的同一些材料同时也表明要达到这一目的还存在极大的困难。[28]看来始终存在大量仿制著名牌号和标志的现象，也有许多模仿保密的生产程序——其结果通常有问题——的尝试。商人和生产者直接地和通过行会及类似组织竭力要应付这些问题，但是如果这些全都无济于事——似乎通常的情形就是如此——他们就转而求助于地方官。由地方官那里谋求的帮助并非基于指明这种仿制为非法的法律条规，而是靠恳请其"父母"官防止不公和欺诈。[29]因此，比如上海地区一些其有"商标的"丝绸被人仿制的蚕丝业者就能够在1856年请求其所在地方官员帮助，后者则命令侵犯者终止仿制行为。[30]不过，即使把具有逸闻性质的材料考虑在内，这类诉诸地方官的作法似乎也不在多数。而且，它们也好像并不总能成功。

虽然中华帝国法律总体上具有的刑事性质使得这种法律在多大程度上调整民事事务这一问题变得模糊不清，但是不能说早在知识产权法出现于西方之前，中国就已经有了这种法律。实际上，20世纪以前中国所有现存的表明国家努力提供对知识产权保护的事例看来都完完全全是为了维护皇权。这些官方的保护只是稍带而肤浅地（如果真有的话）触及对个人或并非国家的实体的财产利益的创造或维护，或是涉及对作者地位或发明创造性的褒扬。这一点在历朝法典都禁止普通人复制诸如五爪龙一类与帝位或官府相联的符记的条款里也许表露得最清楚。这一点也显见于这一事实，即尽管唐及以后历朝都竭力限制私

自复制政府材料，且力求保证经其特许复制的材料准确无误，它们似乎从不关心盗印或不适当地编纂其他类型的作品。实际上，把出版前审查和上述对翻刻的其他限制，以及针对异端材料的厉禁视为更大的控制观念传播的网络的一个部分，而不是要建立——不管是为印制者、书商、作者还是其他人——知识产权制度，这才更为真切。

只有印制者、书商以及其他行会或商人旨在确立其特定垄断地位的努力看来才预示着个人或一些并非国家的实体可能享有对我们现今名为知识财产的那种东西的利益，就像人们在中华帝国历史上的大部分时期享有对有形的动产或不动产的保护一样。[31]甚至这种对于知识财产的有限利益似乎也主要是因为它有助于实现其他目标才一直为国家及其派出的地方官所容忍。官方针对擅自复制问题所表示的关注通常集中于经典、王朝史书及其他正统著作的盗印版本中对原文的曲解和各种错误上，或是指向这样一个事实，即盗印行为打破了授予地方官署或其辖区里有势力的绅士的垄断，并因此扰乱了地方平靖，这种情形并非偶然。同样，人们理应严肃地看待这一点，即国家对于行会旨在维护商号和商标专用的努力所予的默许和有时是公开的支持，其背后的动机乃是要通过维持商人中间的秩序和减少欺骗民人情事来维护社会的和谐。

显然，并非只有中国人才把主张国家利益与保护我们名为知识财产的那种东西联系在一起。在普通法国家和在大陆法国家，限制未经许可而复制书籍的观念最初不是出于相信这类作品的内容构成其作者的财产，而是源自国王想要鼓励印刷者使不出版异端材料的欲求。[32]同样，西方专利法的早期历史也表明了王室想要通过加强国家力量巩固其地位而不是承认什么发

明者固有的财产利益的欲求。[33]因此，比如英国王室就将专利授予把新的产品、生产程序和发明引入英国的外国人，即使那些人并不是有争议的创新的发明者。[34]

然而，17和18世纪，欧洲出现了趋近于知识产权的发展，而与之对应的东西并未在中华帝国出现。简单地说，在英格兰和在欧洲大陆，发展出这样一种观念，即作者、发明者和其他创新者对其创造物拥有受到法律保护而可与国家对抗的财产利益。[35]越来越多的人开始相信，社会将因为鼓励这类人从事于这类工作和传播他们的成就而获得益处。这种情形与中国恰成对照，后者仍旧主要是根据如何才能最大限度地维护国家权威的考虑来管理这一领域。

注意到上述分别并非要说中国人应当遵循与西方人同样的路径。[36]相反，它是要想一想，为什么一个在许多世代对管理出版予以特殊关注的文明，一个长时间在科学和技术方面领先于世界、并且至少对某几种创新予以赞许的文明[37]没有为其创造的慷慨施与提供更加全面的保护。

研究知识产权法的中国学者和外国学者都不曾深入研究这一问题。比如，前者典型的作法是把帝国控制观念传播的努力当作版权来看待，他们的研究到此为止。[38]他们不觉得有必要考虑，为什么——如果中国自唐代起就有版权——其实施看来始终是微不足道的，为什么后来外国旨在促进这类法律的努力成为徒劳，以及为什么其他形式的知识产权法并未接续出现。外国学者也没有提供足够的帮助。令人惊讶的是，在研究知识产权问题的西方学者里，几乎没有人曾努力地去探寻这种法在西方的发展，更不用说它在其他地方的发展了。相反，大部分最近所写的触及这种发展的学术论著要么主要是历史叙述，[39]要

么是一味根据经济发展来描述知识产权法——把它看成是一般工业化的伴生物，或是对于特定技术突破的回应。[40]

很清楚，当人们探究中华帝国何以没有为创新和发明的成果提供系统的保护的时候，经济发展不能被排除于重要因素之外。着眼于发展的各个层面，中国在唐和北宋的大部分时间里有着不亚于当时世界上任何地区的发达的技术和普遍的繁荣。[41]尽管如此，它仍然是一个前工业社会，并且很少有工业化促成的廉价的批量生产，而后者通常被看成是创造出知识产权法的先兆。[42]

甚至就那些中国曾长期在技术上遥遥领先于世界的领域——比如印刷——也可以提出同样的看法。[43]可以肯定，与一般关于知识产权发展的理论判定的相反，印刷术在唐代的发明和活版印刷在宋代的发展都不曾创造出旨在重建因此种技术突破而成为可能的"排除廉价盗用知识产品的屏障。"[44]不过，这并不意味着经济因素在说明中国知识产权法的历史方面毫无用处。正如陈氏家族12世纪那则就书籍注册所作的声明或刘氏家族那幅粗糙的白兔图案所表明的，至少一些由"知识产品"中讨生计的人希望获得对他们的保护。此外，具有经济性质的其他一些因素也可能有某种解释力：一个直至20世纪其识字率不超过大约20%的社会里书籍市场的规模，[45]以及缺少能够产生为大规模商业创新所需资本的法人团体。[46]

如要说经济上的考虑对于理解中华帝国对知识财产的态度并非全无关系，那么，它们也不能够充分地解释这种态度。关于眼前这项研究，所谓政治文化显然对我们有很大帮助。传统中国社会对待知识财产的态度的关键乃是关于文明本质的占统治地位的儒家的看法，以及其中对由共同的和仍然具有活力的

过去扮演的建构性角色所持的看法。[47]

据统治地位的儒家观点把文明看成是具有典范意义的一组关系，每一种关系都附有一些当事人在道德上有义务实现的、相互的虽然不一定是平等的责任和期待。[48]个人总是发现自己处身于一系列这样的关系里，其中最重要的是君臣、父子以及夫妇之间那些关系。[49]只有靠与过去相沟通的办法——过去为人们洞悉自己特性的本质，了解自己与其他人类之间的关系和把握与自然之间的相互作用提供了独特的视角——个人才可能在有教养的领导人指引之下懂得如何恰当地持守那些他们乃是其中一部分的关系。[50]

过去所具有的双重功能——作为个人据以完成其道德发展的手段和构成社会的诸关系的内容据以被衡量的标尺——造成一种两难境地。对于人的道德成长来说，过去乃是必不可少的，这就要求有广泛的可能性以接近所有中国人的共同遗产。然而，人际关系中尊长负有的教导幼卑的责任[51]——以及这样一个事实，即要在一系列不平等的关系里确定行为合宜的界限，需要参照过去，而远非公开和确定的法律或者宗教——倾向于对这种可能性予以更多的控制。不过，正如下面将要详细论证的，这两种功能都促成了这样一种关系，它不仅无助于把运用智力所得的成果看成是私有财产，而且事实上阻碍着这样一种观念的产生。

君臣关系以具体方式表明了过去的力量，同时也形象地说明了适度接近于过去的道理。以民族为一家族和以统治者为父母，这是一个早在帝国建立以前就一直广泛和持久流行的观念。[52]站在这样一个位置上，统治者就对民众的精神的和物质的福利负有信托的义务，民众则报之以忠诚和贡赋。虽然中国

人曾经拥有一种法律制度，其复杂和成熟远过于其国内外学者惯常所承认的程度，但是，正是这种关系的性质如此，致使公开的和确定的法律既不能成为确保人们真正了解期待于他们的东西的基本手段，也不能变成一种鼓励统治者以恰当方式履行其职责的工具。正像孔夫子在《论语》中所指出的，“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”。[53]

用以支配君臣关系的准则——德与礼节的规则——主要是从中华民族的共同遗产、而不是从包括统治者本人在内的当时人的行为（无论其为政治的、法律的还是其他类型的）中获得其内容与合法性。实际上，同样的看法在很大程度上也可以用来说明构成中华文明基础的整个道德的精神气质。[54]没有什么比礼——确定道德与举止合宜的“礼仪”——更能表明这一点了。早在孔子的时代以前，礼就完成了从一系列仪节到行为法典的演进，[55]这时，礼便包括并且表达了所谓古人的最深邃的识见与经验，是这些古人建立社会并编纂了经书。[56]就这样，礼促成了个人和社会的彼此强化的秩序化，这种秩序化同时将现在与过去和未来联结在一起。

这种意义上的过去的力量也见于正名的概念，孔夫子曾表示，正名乃是他要劝令统治者治理国政时采取的第一个措施。[57]从根本上说，它包含了这样一种期待，即现任统治者将依与道德标准相一致的方式履行他们的职责，而这种道德标准是由他们最伟大的先王们确立的。天命的观念也包含了类似的期待。它实际上是规定，统治者若不能够按照这种标准——它们源自帝国以前的时代，[58]而且被假定以普遍形式为所有人所了解[59]——履行其职责，就可能失去天命，并且因此而失掉治国

的资格。[60]总而言之，一个共同的过去确定了当下合法权力的界限。

由于过去具有潜在的赋予事物合法性——和剥夺事物合法性[61]——的力量，那些握有权力或渴望权力的人就想用过去把他们自己伪装起来，或者，把过去裁剪得合乎他们特定的需要。这种利用过去的赋予事物合法性的力量的欲望，在帝国统治方式的基本结构、形式和形象历经二千年的生长、动乱和改朝换代而维持不变（其内容可能已经改变）的程度上也能得到印证。实际上，即使是想要推翻执政者的叛乱者也总要建构一个他们自己的替代物，以便从过去获得合法性。[62]

过去的力量还可以在中国统治者自隋（581 年—618 年）以后 1300 年间对于世界上最早的文官制度的依赖上见出。[63]至少在理论上，自远古起，官吏就是通过考试制度来甄选的，这种考试制度把拥有关于过去的知识——既是根据所问的问题，也是根据回答这些问题的方式——看成是具有对于解决现下问题必不可少的品质。[64]这一点转而极大地影响了教育的特征。毕竟，完全沉浸于经书肯定会比受较为技术性的训练更有益于发展品德以及因此而来的有效治国的能力。技能训练，由于其本性而无益于道德，所以将留给那些其德性不足以至不能由经书教育中充分地获益的人。[65]

法律制度表明了同一种关联，即因与过去相连而获得合法性。所以，帝国法典的基本概念和分类结构，由帝国以前的法典而下，中经隋朝（其间只有部分修订）而大体保持不变。[66]隋代的修订又确立了直至帝国终了历朝法典的基本格局，结果是“大清律例〈在 20 世纪以前一直保有效力〉中 30%—40%的条款直接沿袭了 653 年的唐律”。[67]再有，正像政府结构以及我们

将要看到的文学和美术的事例那样，这种对于过去的不懈的利用不应当掩盖巨大变化的事实，相反，它应该突现出这种变化发生于其中的背景。毕竟，“大清律例条款”余下的60%—70%已经发生了变化，而表面上没有改变的那30%—40%实际上也因为大量附加的法律，包括与时俱增的大量的例而发生改变。[68]

与人们起初可能期待的相反，中华帝国的法律制度并未遵循一种正式的赋予先例以拘束力的制度，尽管在实际上，地方官和其他职司法律的官员在作出判决和为其判决寻找理由时也会利用以前案件的汇编。[69]但是认真想一下，缺少有拘束力的先例可能实际上意味着甚至是更全面地接受过去——因为儒家道德和世世代代的智慧，这些假定官员们在准备和通过帝国考试的过程中已经培养起来的东西，无疑被看成是真理的所在以及在制作判决时比任何成文的规则或前任官员解决的案件都更具有历史有效性的指南。[70]

用过去来模塑现在也采取了一种比较黑暗的形式。从很早开始，中国人就认为，那些控制了历史编纂、能够解释历史和为历史的目的对当时的王朝作出描述的人具有极大的影响力。这种想法导致汉王朝建立起精巧复杂的国家编史机构（此举亦为以后历代王朝所仿效），这些机构从事着直至20世纪以前堪称最为系统的和持续不断的搜集史料的工作。[71]不过，它也造成一种不十分确定的后果，即在整个帝国历史上持续不断地试图对历史记录的内容施以剪裁。因此，用不着很奇怪，汉朝统治者将划时代的历史学家司马迁处以宫刑，把班固投入监狱，就因为他们从事了未经允许的历史编纂。这是未来继续施行这类控制的不祥预兆。[72]从最早时第一个王朝的秦始皇，[73]到衰落

时期最末一个王朝的乾隆，[74]所有的统治者都竭力要根除他们认为是异端的东西，这也丝毫用不着奇怪。据史载，中国的第一位丞相、秦始皇的谋士李斯曾经说："以古非今者，族。"[75]

主要是管理和调节智力活动而不是支持这类主张，这同获取和保持帝国权力可能具有的意义同等重要。与这些世俗关切相合而且显然加强了它们的，是统治者亦是受托者的观念。因为具有这种身份，统治者就不仅有权、而且有责任确定怎样最好地教化民众。要履行这种职责，关键是需要判定，为了共同体的最大利益，哪种知识值得传播，哪种应当被阻止。这种在想像中把统治者比之于父母的力量使得帝国对观念传播的控制具有了超出保存权力欲望的合法性，同时，它也表明这类规章具有比学者们惯常所认为的更大的一致性。[76]

正像墨子刻（Thomas Metzger）写的那样，"缺少约翰·密尔（John Stuart Mill）那种认为好的学说将由观念的自由市场中脱颖而出的乐观看法，自孟子和荀子以下的中国政治哲学家强调人类因为'虚妄的'和'正确的'学说相互作用而受蒙骗的倾向"。[77]结果，处在其受托的位置上，统治者便负有一种确定不移的义务，要滤出和禁毁比如见之于"妖书妖言"中的有害知识（其中可能有色情的以及政治和宗教方面的可疑材料），而不是任其蒙骗托命于他的臣民。基于同样的原因，存在着某几种知识，比如地图、历书和天文学册籍里所有的，它们只能由皇帝及其官吏以其受托的资格来运用。相反，其他诸如包含在经书中的知识的传播可能有益于社会而且并非巧合地有助于巩固皇权。这种情形就使官府有理由帮助那些获得国子监许可重印这类著作的经认可的版本的人，尤其是在他们想要阻止制造"胡乱编订的概要"（"butchered summaries"）和其他原本

不准确的版本的时候。最后，还有一类帝国政府不曾要直接去保护、禁止甚或管理的知识，它们既不是正统学说或异端，也不是官方独占的，结果，它们所受的对待更是随着地方上具体情势而有不同。

统治者划定和监督可接受观念的领域的不懈努力并不像它们一开始看上去那样是公开地坚持极权主义，因为鼓励这种控制的共同的过去不可避免地包含了一种能从外部限制权力的集体记忆[78]。不过，国家的注意力明显地集中于政治秩序和政治稳定，而远不是在所有权和私人利益上。当然，这并不排除国家支持一些人阻止他人侵犯他们对于复制某种材料和符记的垄断。通过其出版前审查程序，国家保护了一些刻印者的垄断，这些人由国家那里获得了复制某些材料比如经书的钦定版本的许可。而且，如上所述，国家一面直接通过地方官，一面间接通过其在商业地区受指派的负有重大责任的地方团体的代表，支持家族、行会和其他人维护其商号和商标的完整性。但是无论如何，这种保护都是产生于国家对于促进全面社会和谐的关注，并且最终限制在这一目标之内。

中华帝国保护知识财产的基本理由决定了这种保护的特质。在整个中国，并无一种法律，不论是正式的还是非正式的，为想要保有其对于特定事项垄断的家族、行会和其他人提供若干“权利”，以之确证他们的主张，对抗国家或他人。有关国家帮助的规定，不管是直接的还是间接的，也不仅仅是一种特权。与奠定统治者与被统治者之间关系基础的信托联结（fiducial bond）的精神相一致，在文明人中间存在着有关适当和公正的事物的期待，以及与这些期待相连的这样一种观念，即当那些期待不能够实现的时候，可以要求地方行政官和国家的其他代

理人给予协助。所以，那些负责刻印某些典籍的印刷者，或是一些已经生产出特定药物的行会可能寻求获得地方官的帮助，请后者对盗用依公平和习俗属于他们的东西的人作出裁断。也是因此，地方官可能会行使他们的裁量权以为这类受害者提供补偿，并且通过维护受害人利益和阻止犯者因为散播不合宜的产品而危害公众来维持和谐。[79]

有关就特定观念的表达施以控制的个人和团体的正当性的期待，其内容又是源自共同的过去在儒家对于个人道德和集体社会发展的理解中占据的重要位置。简单地说，与过去相互作用的需要明显降低了处在受托位置的人以外所有人限制通向观念表达的路径的正当性程度。

过去的力量及其占有智力活动成果的结果在《论语》里面表现得非常清楚，“子曰：‘述而不作，信而好古’”。[80]人类理解的本质早已为前人所了解，尤其是为被一并称为古人——他们居住在遥远的和无疑是理想化了的“黄金时代”——的贤明的君王所洞悉。[81]后人只有通过与过去进行充分地交流才可能利用它并以之为他们自己行为的楷模，以便能够传诸后世。[82]而恰如孔夫子本人在着手编订经书和在《论语》中对之予以评论时所表明的那样，传道的行为远不是一种消极的活动，如果它要对一个人自己、其周围的人和其后人有意义，就包含了选择和改造。[83]

这种关于过去的强制相关性的观念和把智力活动视为使与过去交流和传递过去成为可能的媒介的观念，实际上渗透于中国文明的所有方面。正如著名的研究中国文学的学者斯蒂芬·欧文(Stephen Owen)所见，“在这一〈按指中国文学〉传统中，对于过去的经验大体与西方传统中对意义或者真理的关注相

当，并且具有同样的力量”[84]。因此，在古典的中国文学传统中，过去存活下来并且保证对它的考虑不只是当下活动的明显的陪衬，[85]而是更加重要的东西，因为“儒家坚持认为，在与古人相遇时，我们必须改变自己，〈因为〉我们在古人那里发现的不只是工具，而且还是价值的体现”[86]。

由于中国文学和特别是古典中国诗歌里对于发端于经书而后又在历史上逐渐增多和确定的共同引喻和典故的倚赖，一个具有改造作用的与过去相联系的过程就是可能的了。当然，恰如T.S. 艾略特（Elliot）所见，所有的诗歌[87]——以及，人们可以补充一句，所有的文学——都利用并且因此也亏欠于过去。但是在中国文学里这种对于共同意象的利用是可以同其他地方那些看似相同的现象区别开来的。用约瑟夫·列文森（Joseph Levenson）的话来说，“引用经书乃是日常说话的真实方法”，[88]它所达到的程度较之《圣经》在犹太—基督教世界或者《古兰经》在伊斯兰世界的情形更加深远和持久。作为“日常说话的真实方法”，这种引喻和典故实际上造成一种成熟复杂的文化速记法，而这种方法，至少从理论上讲，在整个文明化的（即汉化的）世界里可以为所有人所掌握，这种情形使从现在去接近过去或在相同的意义去接近未来变得更加容易。

谈论相对是无所不在的过去和一种独特而又是共同的智识词典，并不是要说明古典中国诗歌缺乏独创性，也不是要把传达当作一个机械过程而不加考虑。它只是要强调独创性产生和表达于其中的语境，并因此而注意到14世纪诗人高棅（1350年—1423年）所谓的“承宗之变”。[89]实际在历史上，中国的诗人和文学理论家曾就什么才是与过去之间的恰当关系的问题发表了大量意见。有些人，比如晚明为复古辩护的颇有影响的李

梦阳（1472年—1529年），主张完全是逐字逐句地模仿古人，他们说，“文必秦汉，诗必盛唐”。[90]他们还说，其所以当如此，乃是因为古人所用的规则“非创自古人，而实创自自然……〈以至〉吾人模仿古人，实非模仿于彼，而乃模仿万物自然之理尔”。[91]其他人，比如公安派的袁中道（1570年—1624年），则持一种大不相同的观点，他们认为，李梦阳及其同道“逐字逐句模仿”古人，是不见使得唐代伟大诗歌富有生命力的更具根本意义的“意味”。[92]但是，把这类截然不同的观念——以及实际上广义的古典文学——统一起来的，是以如此重要的方式诉诸过去和接近过去的需要。

自然，诗歌只是表明了这种关切的一种文学形式。在更受重视的历史学科，不但有两千年编纂历史的标准王朝史（正史），而且“所有形式的历史著作”，其典型式样，用编史者爱德华·普雷布兰克（Edward Pulleyblank）的话来说，都是“一种由〈史家的〉……记载所作摘录（通常是在其他方面来加改变的节录）和清楚地分开来的个人评论或评判构成的混合物”。[93]普雷布兰克认为，这种结构乃是出自这样一种信念，即“史家的工作是要把一系列自身即具有意义的文献编纂起来，而不是富于想像力地去重构历史事件”。[94]然而，正像孔夫子本人转述古人，或者，人们在诗歌和其他文学形式中大量地利用引喻和引经据典的情形一样，这种历史研究的方式不应当被理解为意味着缺乏创造性。恰如普雷布兰克所见，“对于〈史家的〉……材料所作的选择和排列要求作出批评性的判断，而在适当的地方，也可以写下有关事件的原因或者历史人物的品格的结论”。[95]

见于古典诗歌和文学之中的对于过去的关切同样反映在中

国的绘画和书法里面。如同诗歌中的情形一样，与过去的联结通过提出“使在循环往复的当下的生活不断……得到更新的过去的资源”[96]而使现下获得合法性。[97]因此，对许多人来说，艺术过程本身就被理解为一种人们的道德感由之而得以表达和提升的“精神实践”。[98]对于文人来说尤其是如此，后者至少在理论上都会赞同宋代著名艺术家米芾(1051 年—1107 年)在下面一段话里表明的观点，“书画之事，勿论价值。君子不为钱财所役”。[99]

虽然产生较晚且应用范围较小，在有助于跨时空传播的绘画和书法方面，到底出现了一套通用语汇。[100]也像在文学中的情形一样，在艺术家和理论家中间，关于什么是与过去相联系的最适宜的方式这一问题存在着大量的论争。[101]有些人，诸如清初的“宫廷画派”，认为在绘画方面也有相当于“从孔子本人传至明代王阳明的儒家哲学家世系”的“统绪”，[102]而他们主张对之亦步亦趋，至少作为出发点是如此。[103]正如吴历（1632 年—1718 年）所说，“作画不以宋、元大师为模范，犹如在无子的棋盘上下棋”。[104]另一些人则持一种远为开放的观点，他们争辩说，绘画不应泥古太甚，而应当努力去把握使得前人作品具有生命力的观念。[105]沈括（1030 年—1094 年）写道：

> 绘画与书法的精髓应当以〈对于前人艺术作品的本质的〉神会的方法来获得，而不是借助于形式要素……
>
> 古人研习书法，并不分毫不差地临摹前人。他们将前人作品展开置于墙上，反复观摩，了然于心。待其落笔于纸，则尽得古人笔意。[106]

也像在诗歌中所见的情形一样，虽然众多的艺术家和学者可以据其对待和利用过去的态度分成不同类别，但在关注过去

这一点上，他们并无不同。

由于“与过去的相互作用业已成为传统中国文化中智力和想像活动的一种独特方式”,[107]由原作者以外的其他人去复制特定和有形的作品绝不至于带来，用杰出的艺术史家和美术馆馆长文方（Wen Fong）的话说，那种“……它在西方所带来的不良后果”。[108] 而且，这种作法也不会像在西方常见的那样，只是在它被学生和弟子当作提高其技艺、展示学识甚或表示对特定价值赞同的手段时才被勉强地接受下来，虽然所有这些现象也都存在于中华帝国。[109]与此相反，在中国的语境里面，这类作法一开始就既更具肯定意味也更加重要。它证明了复制者具有对文明之精髓的理解和对这种文明的奉献，同时，它也为个人提供了一种可能，使他们能在那些形式的背景下展现独创性，并且因此令他们的现在有别于过去。

总结上文，存在着文方所谓“伟大的中国画家对于仿制他们自己作品的行为表现出普遍的宽容或者实际是欣然的态度”。[110]这种复制行为事实上证实了被复制作品的质量，并且表明了对于原作者理解和礼貌的程度。所以，据说沈周（1427 年—1509 年）在回答别人要他阻止对其作品的伪造的建议[111]时说，“倘我信手作成的诗画将有助于模仿者，则我何忌之有”。[112]这种作法在沈周并非例外。文学方面的情况也大体如此，在这里，儒家对商业的鄙夷促成了这样一种理想（尽管实际上并不是总能实现），即真正的学者为教化和道德更新而不是获利而写作。或者，就像在一句著名的中国格言里如此简洁地表述的那样，“藏之名山，以待后世”*（而不是他们自己去刊布其著作并

* 原文直译当为“真正的学者让后世去发现他们的著作”，此处据意译。

且从中获利〉。毕竟，如果就像著名的宋代政治家王安石（1021年—1086年）所见到的，甚至包括中国语言在内的汉字本身也"实际上取自自然，……〈而〉非创自人类；人类只是模仿了它们"，[113]那么，人们根据什么而能将他人排除于所有文明人的共同遗产之外呢？

注 释

［1］ 《商标法教程》第17—18页（张序九主编，1985）。

［2］ Derk Bodde, "China's First Unifier: A Study of the Ch'in Dynasty as Seen in the Life of Li Ssu. 280? —208 B. C.," in 3 *Sinica Leidensia* (1938).

［3］ Chang Wejen and William Alford, "Major Issues in Chinese Legal History" (1992)（未发表教材）。

［4］ 历史学家们把发明木版印刷的时间定在590年和650年之间，把毕昇发明活字印刷定在1000年前后。Zheng 和 Pendleton 认为，虽然在西方，"采用木版印刷并不足以大大加快书籍的出版，但在中国情形则有所不同"，这是由于使用中国汉字而非表音字母的缘故。Zheng and Pendleton, *Copyright Law in China*, at11—12 (1991)。有关中国印刷史的讨论见于以下著作：T. H. Tsien, 5 *Paper and Printing*—Part I (1986); Thomas F. Carter, *The Invention of Printing in China and its Spread Westward* (L. Carrington Goodrich ed., 2d ed. 1955); Paul Pelliot, "Les Debuts de l'imperimerie en Chine." in 4 *Oeuvres Posthumes de Paul Pelliot* (Robert des Rotours ed., 1953)；以及 Denis Twitchett, *Printing and Publishing in Medieval China* (1983)。

［5］ Hok-lam Chan, *Control of Publishing in China, Past and Present, Address for the G. E. Morrison Lecture Series at Australia National University*, at 2 (1983)（手稿）。又见齐少夫（据音译）："中国古代的出版和单行的出版法令"，《上海出版工作》，1980年8月。Wallace Johnson

曾经出版过《唐律》“名例”部分的译本，最近他又完成了这部法典其他主要部分的翻译。Wallace Johnson，*The T'ang Code：Volume I：General Principles* (1979).

[6] 在帝国以前时代和中华帝国，国家法律的印刷本并不曾广泛地流传。虽然民众有限的识字率是造成这种状况的一个明显原因，法律不应当广为流传的观念可能更多要归因于这样一种看法，即民众并不需要法律，因为那些有着良好品行的人懂得如何行为而无须诉诸法律，只有那些品行较差的人才要学习法律以便不逾规矩。

[7] Chan，注 [5] 揭。

[8] Zheng 和 Pendleton 在其著作中讨论了国子监，它设立了中国“第一个政府管理的出版社”。注 [4] 揭，第 12 页。

[9] 叶德辉：《书林静话》第 145 页 (1957)。

[10] Twitchett，注 [4] 揭。叶德辉，注 [9] 揭，第 143—145 页。仁井田陞详尽地讨论了宋代出版法中规定的刑罚〈*The Legal History of China*〉(Tokyo：Tokyo University Press，1964)。

[11] 鲁光和潘先谋（据音译）：《中国新闻法律概览》第 4 页 (1965)。

[12] 仁井田陞，注 [10] 揭。

[13] 原书末页题署的复制件见于 Poon Ming-sun，“The Printer' s Colophon in Sung China，A. D. 960—1279”，43 *Libr. Q.* 39 (1973)。叶德辉也讨论了地方上禁止私自翻印的尝试，见注[9]揭，第 37—41，143—145。又见 Twitchett，注 [4] 揭，第 65 页。

[14] 叶德辉，注 [9] 揭，第 143—145 页。

[15] 袁力（据音译）：“中国古代版权史考略”，《法学杂志》第 3 期，第 40 页 (1985)。

[16] 叶德辉，注[9]揭。又见 Ku Chieh-Kang，“A Study of Literary Persecution During the Ming”，3 *Harv. J. Asiatic Stud.* 254 (L. Carrington Goodrich tran.，(1938)。关于清代中叶控制出版问题的详尽讨论，见 L. Carrington Goodrich，*The Literary Inquisition of Ch'ien-lung* (rev. ed.

1966)。

[17] Charles Hucker, *The Ming Dynasty: Its Origins and Evolving Institutions* 70 (1978). Wu Kuang-ch'ing, "Ming Printing and Printers", 7*Harv, J. Asiatic Stud.* 230 (1942—1943).

[18] Goodrich，注 [16] 揭。

[19] Wu，注 [17] 揭，第229页。

[20] Chan，注 [5] 揭，第23—24。

[21] Paolo Santangelo, "The Imperial Factories of Suzhou: Limits and Characteristics of State Intervention during the Ming and Qing Dynasties", in *The Scope of State Power* (Stuart Schram ed., 1985)。又见 Susan Mann, *Local Merchants and the Chinese Bureaucracy*, 1750—1950 (1987).

[22] 这些在 Ch'u T'ung-tsu, *Law and Society in Traditional China* (1961) 一书中有详细的描述。

[23] 格雷·汉密尔顿和来致公（据音译）："近世中国商标与全国都市市场"，《近代中国地区研究会议记录汇编》(1986)。

[24] R. Randle Edwards, "Imperial China's Border Control Law", 1 *J. Chinese L.* 33, 57—58 (1987)。

[25] 商标原件的复印件见于张序九，注 [1] 揭，第19页。

[26] 汉密尔顿和来致公，注 [23] 揭，第4—15页。又见《中国近代出版史料》（张京路（据音译）编，1954—1957)。

[27] 汉密尔顿和来致公，注 [23] 揭。

[28] Zheng Chengsi, *Chinese Intellectual Property and Technology Transfer Law* 21 (1987)。

[29] 汉密尔顿和来致公，注 [23] 揭，第4—15页。

[30] 同上。

[31] 表明这种努力的最有说服力的材料来自于叶德辉，注 [9] 揭。关于中国不动产历史比较详细的讨论，见仁井田陞，注 [10] 揭。此外，Georgetown 大学法律中心的 James Feinerman 教授现在正在研究称为

“佃”的类似抵押的交易。

[32] 有关英国的情形，见 Lyman Patterson，*Copyright in Historical Perspective* 36—41（1968）。又见 Elizabeth Eisenstein，*The Printing Press as an Agent of Change*（1979）。关于法国，见 Robert Darnton，*The Literary Underground of the Old Regime*（1982）。另一些人把版权的起源追溯得很远，而把它与出现对作者身份传奇式的确认联系起来。见 Martha Woodmansee， “The Genius and the Copyright：Economic and Legal Conditions of the Emergence of the ‘Author’”，17 *Eighteenth—Century Studies* 425（1984）。

[33] Fritz Machlup，“patents”，in 11 *The International Encyclopedia of the Social Science* 461，462—463（David Sills ed.，1968）.

[34] W. R. Cornish，*Intellectual Property*：*Patents*，*Copyright*，*Trademarks and Allied Rights*（2d ed. 1989）.

[35] 见 Patterson，注［32］揭；Machlup，注［33］揭，第 462—467；Nathan Rosenberg and L. E. Birdzell，Jr.，*How The West Grew Rich*：*The Ecomonic Transformation of the Industrial World*（1986）；Douglass C. North and Robert Paul Thomas， *The Rise of the Western World*：*A New Economic History*（1973）。

[36] William P. Alford，“The Inscrutable Occidental：Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past”，64 *Tex. L. Rev.* 915（1985）；William Alford， “On the Limits of ‘Grand Theory’ in Comparative Law”，61 *Wash. L. Rev.* 975（1986）.

[37] Robert Temple，*The Genius of China*：3，000 *Years of Science*，*Discovery and Invention* 9—12（1986）；Frank Ross，Jr.，*Oracle Bones*，*Stars and Wheelbarrows*：*Ancient Chinese Science and Technology*（1982）；Joseph Needham，2 *Science and Civilization in China*（1954—）.

[38] 见比如邹申诚（据音译）：“保护版权始于何时何国？”《法学研究》第 6 期第 63 页（1984）或者郑成思的任何著述。

[39] Patterson 的书就是这类著作中的好例，见注［32］揭。

[40] 见比如 Richard P. Adelstein and Steven I. Peretz, "The Competition of Technologies in Markets for Ideas: Copyright and Fair Use in Evolutionary Perspective", 5 *Int' l Rev. of Law & Econ.* 209 (1985)。

[41] Joseph Needham, "Science and Society in East and West", in *The Grand Titration* (Joseph Needham ed., 1969).

[42] Adelstem and Peretz, 注 [40] 揭。

[43] Tsien, 注 [4] 揭。

[44] Adelstein and Peretz, 注 [40] 揭。Zheng 和 Pendleton 也有类似的看法，他们断言，"版权概念形成于这类飞跃（进至活字印刷法）之后这一事实表明，法律的发展总是紧随在技术发展之后。" Zheng and Pendleton, 注 [4] 揭第 14 页。

[45] Richard J. Smith, *China's Cultural Heritage* 201 (1983). 清代大量刊布各种著作乃是因为中国基本识字率上升的缘故，有些人估计当时的识字率高达 30%—45%（男性）和 2%—10%（女性）。

[46] Lloyd Eastman, *Family, Field and Ancestors: Constancy and Change in China's Social and Economic History* 1550—1949 (1988).

[47] 关于中国文明中过去观念的重要性的极有说服力的讨论，见 Stephen Owen, *Remembrances: The Experience of the Past in Chinese Literature* (1986)。

[48] Alford, 注 [36] 揭，讨论了这些关系的重要性。

[49] Donald J. Munro, *The Concept of Man in Early China* 24 (1969).

[50] Hsiao Kung-ch' uan, *A History of Chinese Political Thought* 89—92 (F. W. Mote trans., 1979), at 90—94.

[51] Tu Wei-ming, *Centrality and Commonality: An Essay on Confucian Religiousness* (1989).

[52] Alford, 注 [36] 揭。

[53] *The Analects of Confucius* (Arthur Waky trans., 1938) at 88

(Bk. Ⅱ. Ch. 3).

[54] David L. Hall & Roger T. Ames, *Thinking Through Confucius* (1987).

[55] Alford，注［36］揭。

[56] 同上。

[57] *The Analects*，注［53］揭第171—172 (Bk. XⅢ, Ch. 3). "正名"的观念在中国一直沿用至今，比如中共领导层在描述1980年代初期鼓励反对邓小平政策的干部退休的作法时仍用这一说法，就是一个证据。

[58] David N. Keightley, "The Religious Commitment: Shang Theology and the Genesis of Chinese Political Culture, 17 *History of Religions* 211, 220 (1978).

[59] Hok-lam Chan, *Legitimation in Imperial China: Discussion under the Jurchen-chin Dynasty*, 1115—1234 (1984).

[60] 用中国传统中伟大的经典之一《书经》里的话说，商（1700—1122B. C.）的最后一个统治者"不明白臣民所重视的事，安于百姓的怨恨而且不思悔改。于是，上天降灾灭殷〈代之以周朝〉……就是由于〈这样的〉原因。上天并不暴虐"。《酒诰》，Translated in Bernhard Karlgred, Book of Documents, *Museum of Far Eastern Antiquities Bulletin*, at 1.［译者按，此段英译文与《周书·酒诰》不尽相合，似为节译。现仅据此英译文译出］。

[61] 过去的剥夺事物合法性的力量可以由比如有争议的晚清学者和改革家康有为来证实。因为相信当日的国家正统已与中国的现代化不相适应，康有为在其《新学伪经考》一书中试图将几部为光绪皇帝身边的保守派所倚重的重要儒家经典斥为伪书。接着，他争辩说，仔细阅读真实可信的儒家典籍会从孔子本人（康有为认为孔子写下了而不只是编纂了有争议的典籍）那里获得对大量改革的支持。这些改革包括限制皇权、引进选举和废除家庭以促成能够每年都予以改变的自愿同居组合。康有为擅自重铸过去的做法使他蒙受广泛的谴责和帝国对他大部分著作的禁令

(后来曾短暂地被解除)。康有为的批评者中有保守的学者叶德辉，本文其他地方提到过他论述宋代出版惯例的著作。叶德辉写道："康有为的面孔是儒家的……但是其心却冥顽不灵。"Immanuel Hsu, *The Rise of Modern China* 382 (3d ed. 1970) .

[62] Philip Kuhn, "The Taiping Rebellion", in 10 : 1 *Cambridge History of China: Late Ch'ing* 1800—1911 264 (John King Fairbank & Denis Twitchett eds., 1978).

[63] Teng Ssu—yii, "Chinese Influence on the Western Examination System", 7 *Harv. J. Asiatic Stud.* 267 (1943). 在这篇文章里，Teng 教授追溯了中国选取帝国官吏的方法对于英国文官制度的影响。

[64] 同上。

[65] Thomas H. C. Lee, *Goverment Education and Examinations in Sung China* (1985).

[66] Derk Bodde & Clarence Morris, *Law In Imperial China* (1967).

[67] 同上，页 63。Bodde and Morris 根据《读律存疑》得出这一估算。

[68] 例的运用在 Bodde 和 Morris 那里有所讨论，注[66]揭第 63—68 页。当然，唤起过去并不是中国国家运用其法律制度以证实其威权的唯一方式。早在 Foucault 以前若干世纪，中国国家就已敏锐地注意到，加之以惩罚的符号可能比实际上施行惩罚具有更大的力量。Michel Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison* (1977). 至少从汉代（公元前 206 年—公元 220 年）以后（有些人会认为是早在中华帝国于公元前 221 年形成以前很久）死刑就被分开来，这样就可以使除了罪大恶极的犯罪者之外所有其他死刑的执行放在"秋审"以后去执行。虽然这种程序可能是产生于通过推迟死刑的执行直到自然界万物萧瑟的时节来使人类和自然取得一致的努力，中国人很快就用这种方法来展示国家令人生畏的权力和宏大的恩惠。个人通常在大审之后（或两年以后）被判处死刑，而一旦规定期限届满，就只有在国家想要表现得宽宏大量时才能获得赦免。

这种对于符号性惩罚的价值的看重也表现在大清律例的规定里，据此，官员只能对罪犯施以其可能领受的笞、杖数目中很小的一部分。这里也假定，那些受到如此判决的人会既懂得规定给他们的惩罚的严重性，又对国家对他们施以宽贷的判决感激不尽。

正如这些事例以及本文更加一般地证实的那样，Jurgen Habermas 认为是产生于现代国家为它们自己争得合法性的努力之中的许多种意识形态的和心理的手段，看来早已出现于中华帝国。Jurgen Habermas, *Legitimation Crisis* (Thomas McCarthy trans., 1975).

[69] 一种这样的汇编即是《刑案汇览》。它由刑部所属的案件构成，是由刑部官员为地方官之用完成的非官方汇编。

[70] 这差不多就是瞿同祖三十年前名之为法律的“儒家化”的那种东西，瞿同祖用这个词指汉代期间儒家价值被吸收入法律。这个过程导致，比如说，法律对幼卑殴击尊长的行为规定了严重得多的处罚，反之则轻得多。不过，也许可以称为儒家“法家化”的工作却还有待于完成，——我用这个词指运用法律对于儒家取向的士大夫（Scholar-officials）思想方式发生的影响，对他们来说，形式合法性被认为是一种次级的社会规范。很难设想这些官员可以像许多人实际上做的那样广泛而且灵活地运用法律，却不受法律的世界观的影响，无论有意识地还是无意识地。关于这个问题的简短的进一步讨论，参见 William Alford, “Law, Law, What Law? Why Historians and Social Scientists Have So Little to Say About the Law of China”, in *Justice and Discretion in Chinese Law* (Karen Turner et al. eds., 即出)。Karen Turner 教授（集中研究早期中国的合法性观念）以及 Adam Alfert 和 Mary Buck（致力于探究形式合法性与儒家关于地方官作出判决的理想这二者之间的相互作用）正在做一项相关主题的极有趣的研究工作。

[71] *Historians of China and Japan* (W. G. Beasley and E. G. Pulleybeank eds., 1961).

[72] Burton Watson, *Records of the Grand Historian of China: Translated from the Shih-chi of Ssu-ma Ch'ien* (1961); Edward G. Pulley-

blank, "The Historiographical Tradition", in *The Legacy of China* 143, 152—153 (Raymond Dawson ed., 1964).

[73] Bodde，注 [2] 揭。表明在当代话语中过去仍然保存活力的一个极佳的例子，是中国大陆一些发表于 1989 年 6 月政治事件之后的谈论秦代的文章，这些文章试图压缩 2200 年以前被处死的人的数字，并且认为那都是一些无关紧要的人物。见比如 Wang Ningjun, "Tale of Qin Scholars Being Buried Alive is Challenged", *China Daily*, Aug. 1, 1989, 页 5。

[74] Goodrich, *The Literacy Inquisition*, 注 [16] 揭。

[75] Shi ji 87, 66—67a, 引自 Watson, 注 [72] 揭。

[76] Goodrich, *The Literacy Inquisition*, 注 [16] 揭。

[77] Thomas Metzger, "Foreword to Moral Behavior in Chinese Society" xiv (Richard Wilson et al. eds., 1981).

这种心理可以在大陆中国翻译美国最高法院案例的工作中看到，这些译本摒除了所有的异议，因为它们代表了错误意见，因此不值得研究。

[78] 扩展集体记忆的努力不但包括指斥一些文本为伪书（如康有为所为），而且包括"发现"据说早已亡佚的经书的版本。实际上，到了晚清，有那么多重要的文本被"重新发现"，以至梁启超（他以康有为助手的身份开始其公共生涯）后来要为他看到的那种增纂古书然后宣布为其发现的作法悲叹。梁启超：《饮冰室合集全集》（北京，1989）。

[79] 对于地方官政绩的评估部分地基于他们在其辖区范围内保持"和谐"的程度，这样就使得地方官们有一种强烈的动机去息灭讼事以及其他可能被其上司视为破坏和谐的行为。Bodde and Morris，注 [66] 揭。

[80] *The Analects*，注 [53] 揭第 123 页（Bk. VII, Ch. 1.）。

[81] Benjamin I. Schwartz, *The World of Thought in Ancient China* 63—64 (1985).

[82] Owen，注 [47] 揭第 18 页。

[83] 正像新儒学的先驱者朱熹（1130—1200 年）所见，"然当是也〈即孔子生时〉，作者略备，夫子〈即孔子〉盖集群圣之大成而折衷之。其

事虽述，而功则倍于作矣。此又不可不知也。”引自 Christian F. Murck, “Introduction to Artists and Traditions” xii (Christian F. Murck ed., 1976) 又见 Ju-hsi Chou, “Through The Disciples' Eyes: Transmission of Art and Group Interactions in the Ming and Qing Periods” in *Heritage of the Brush: The Roy and Marilyn Papp Collection of Chinese Painting*, 11—21 (1989).

[84] Owen，注 [47] 揭第 2 页。

[85] 同上，第 14—15 页。又见 Alford 注 [36] 揭。

[86] Owen，注 [47] 揭第 15 页。

[87] T. S. Eliot, *Notes Toward the Definition of Culture*117—118 (1949).

[88] Joseph Levenson, 1 *Confucian China and Its Modern Fate* xvii (1958).

[89] Richard J. Lynn, “Alternate Routes to Self-Realization in Ming Theories”. in *Theories of the Arts in China* 317, 322 (Susan Bush & Christian F. Mruck eds., 1983).

[90] 同上，第 317 页。

[91] Jonathan Chaves, “The Panoply of Images: A Reconsideration of the Literary Theory of the Kung-an School”, in *Theories of the Arts in China*，注 [89] 揭第 341、357 页。

[92] 同上，第 343 页。

[93] Edward Pulleyblank, *The Historiographic Tradition in The Legacy of China* 134 (Raymond Dawson ed., 1964).

[94] 同上。

[95] 同上。

[96] Susan Bush, *The Chinese Literati on Painting: Su Shin*(1037—1101) *to Tung Ch'i Ch'ang*(1971).

[97] Frederick W. Mote, “The Arts and the ‘Theorizing Mode’ of Chinese Civilization”, in *Artists and Traditions*，注 [83] 揭第 7 页。

[98] Levenson，注［88］揭第 21 页。

[99] Artists and Traditions，注［83］揭。

[100] Bush，注［96］揭。

[101] 同上。

[102] James Cahill，“The Orthodox Movement in Early Ch'ing Painting in Mucrck”，注［83］揭第 180 页。

[103] 同上。

[104] James Cahill，*The Compelling Image: Nature and Style in Seventeenth Century Chinese Painting* 57 (1982).

[105] Wai-Kam Ho，“Aspects of Chinese Painting fron 1100 to 1350”, in *Eight Dynasties of Chinese Painting: The Collections of the Nelson Gallery—Atkins Museum, Kansas City, and the Cleveland Museum of Art* xxv，xxix (Sally W. Goodfellow ed.，1980).

[106] Bush，注［96］揭第 50 页。

[107] Artists and Traditions，注［83］揭第 xi 页。

[108] Wen Fong,“The Problem of Forgeries in Chinese Painting”, 25 *Artibus Asiae* 95，99 (1962).

[109] 同上，第 100 页。

[110] 同上。

[111] 自然，这些建议说明有些人对私自翻印、复制的问题是关注的。

[112] Wen Fong，注［108］揭第 100 页。

[113] Shuen-fu Lin，“Chiang K'uei's Treatises on Poetry and Calligraphy”，in *Theories of the Arts in China*，注［89］第 293、307 页。

梁治平

法 辨*

一

19世纪的历史法学派认为，一个民族的法乃是该民族以往历史和精神的产物，一如其语言和习惯。这个命题在下面意义上是正确的：作为文化要素的法和语言，都从各自的一方面反映出文化整体的特点。换言之，民族法与民族语言同是民族历史文化的产物，具有这种特定历史文化的鲜明性格。

把一种文字译成另一种文字，常常遇到"词"不达义的困难。问题的产生可能不在于译者掌握和运用语言的熟练程度，也与语言自身的表现力无关，而在于根本不可能找到一个恰合其义的对应词。这正是历史、文化差异的反映，由这种差异而造成的语言上的微妙隔阂也许是永远无法消除的。语言总是特定历史文化的产物，这便是明证。把这个结论作为起点，可以展开更有意义的探索：由某些字、词的产生，字形、字义的演变、确定来把握特定的社会现象，再由表现于这些社会现象之中的

* 本文原载《中国社会科学》第4期（1986）。

历史、文化特质反观这些字、词的内涵，提供新的解释。在这个过程中，一些为我们所熟知的字、词将获得新鲜的意蕴，而我们对于相关社会现象的认识，也会得到进一步的深化。以下展开的正是这样一个过程，作为这个过程起点的，则是人们都很熟悉（至少人们自觉如此）的字：法。

至少可以从两个不同的方面来理解“法”。首先，这是文字学、语言学中的一个字、词，其次，它意味着我们称之为“法”的那种社会现象，作为字、词的“法”与作为社会现象的“法”密切不可分。历史决定着观念，观念又左右着历史。这里，文字、语义、历史、社会诸因素须并重而不可偏废。否则，研究“法”的观念，或蔽于现象、流于肤浅，或仅知其然而不知其所以然，更遑论辨别不同文化中“法”观念的基本异同了。

法是一种特别的行为规范，关于这一点，争议不会太大。但是，如果问题涉及法的渊源、性质、特征诸方面，要寻求一致意见就很难了。与历史法学派同时的分析法学派强调法的强制性，视强制服从为法的要素之一。这种看法究竟含有多少真理性暂可不论，但把它作为本文的一般前提毕竟是有益的。至少，本文所涉的那些词以及它们所表示的那种社会现象，无论是在上古时代的中国还是古代希腊、罗马，也无论其渊源多么古老，都可以看作是“社会的有组织的暴力”。

汉字“法”的渊源极其久远，成字的确切年代似不可考。下面将要谈到它较为一贯的用法、含义。现在要解决的问题是，以之作为世界上其他语系、语族如希腊、罗马、日耳曼等语族中某些字、词的对译，能否“译”尽其义。考察这个问题可以从字、词本身入手。

拉丁语汇中能够译作“法”的词不胜其多，最有意义的却

是两个，即Jus和Lex。Jus的基本含义有二：一为法，一为权利。罗马法学家塞尔苏斯的著名定义："法乃善与正义之科学"(Jus est ars boni et aequi)取其第一种含义；拉丁格言："错误不得产生权利"(Jus ex injuria non oritur)则取后一种意思。此外，Jus还有公平、正义等富有道德意味的含义。相比之下，Lex的含义较为简单。它的原意是指罗马王政时期国王制定的法律和共和国时期各立法机构通过的法律。一般说来，Lex具体而确定，得用于纯粹司法领域，可以指任何一项立法。相反，Jus只具有抽象的性质。了解这两个词的含义非常重要，因为，这种语言现象在印欧语系的希腊、罗马、日耳曼等语族中具有相当普遍的意义。[1]在欧洲法律史上，这种词义乃至观念上的二元对立有其客观依据，并有深远的影响。本文的兴趣正是对Jus一类混权利、正义、法于一的特殊语言现象进行考察。需要略加说明的是，英文Law（法）并不含有权利的意思，但同样清楚的是，这个字并非来自古代地中海文明。据考，它源于北欧，大约公元1000年时传入英格兰。部分由于这段历史，英国法律史大不同于欧洲大陆法律的发展。不过，英文中与Jus相近的词还是有的，如Right。这个字的基本含义是权利，但也指作为一切权利基础的抽象意义上的法。

拉丁语中的"Jus"与"Lex"在中文里或可译作法和法律。但实际上，即便是法学专门人才在使用"法"和"法律"两个词时，也很难说能意识到其中如Jus和Lex那样的含义和对立。因为，古汉语中"法"、"律"都有自己特殊的含义，与今义相去甚远，以至汉字"法"、"律"虽有二千年以上的历史，但作为独立合成词的"法律"却是近代由日本输入的[2]，其历史不过百年。要在这样短的时间里把一种全新的观念注入其中，谈何

容易。

凡论及汉字“法”者，照例要引《说文》中的那个著名解说。“法”的古体为灋，《说文·廌部》：“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”有人据以认为，汉字“法”在语源上兼有公平、正义之义，一如其他语族中“法”的古义[3]。这种说法不确。蔡枢衡先生以为，“平之如水”四字乃“后世浅人所妄增”，不足为训。考察这个字的古义，当从人类学角度入手。这里，水的含义不是象征性的，而纯粹是功能性的。它指把罪者置于水上，随流漂去，即今之所谓驱逐[4]。在远古社会，这应当是一种很厉害的惩罚了。蔡先生本人的解释确与不确姑且不论，他所选取的角度应该说是对的。传说中的廌是一只独角神兽。据《论衡》，獬豸（即廌）为独角的羊，皋陶治狱，其罪疑者令羊触之，有罪则触，无罪则不触，所谓“天生一角圣兽助狱为验”。[5]这种我们今天称之为神判法的裁判方式通常与人类原始宗教思维有关，因此，几乎各民族的早期历史中都不乏其例。在中国，汉以后之执法官以獬豸为冠服，取其去奸佞（触罪者）之义。总之，统观各家对“法”的诠释，平之如水也好，使罪者随水漂去也好，都没有超出一般程序上的意义，当然更不曾具有政治正义论的性质。把这种公道观与表现在Jus一类词中的正义论混为一谈，实在不甚妥当。更何况，这种文字学上的考辨只揭示出“法”在语源学上的浅显含义，要真正把握其具体而丰富的内涵，还必须看它与其他字、词的关系。

据蔡枢衡先生考证，灋字古音废，钟鼎文灋借为废，因此，废字的含义渐成法字的含义。《周礼·天官大宰》注：“废，犹遏也。”《尔雅·释言》：“遏，止也”，“废，止也”。《战国策·

齐策》注："止，禁也。"《国语·郑语》注"废，禁也"。法是以有禁止之义。"法禁"一词即可为证。又，法、逼双声，逼变为法。《释名·释典艺》："法，逼也。人莫不欲从其志，逼正使有所限也"。其中也含有禁的意思。《左传·襄公二年》注："逼，夺其权势。"《尔雅·释言》："逼，迫也"。这里强调的是强制服从，乃命令之义。可见，"法"字的含义一方面是禁止，另一方面是命令。那么，以什么手段来保证这类禁止令行的规则呢？古音法、伐相近，法借为伐。伐者攻也，击也。这里，法就有了刑罚的意思。《管子·心术》："杀戮禁诛之谓法。"《盐铁论·诏圣》："法者，刑罚也，所以禁强暴也。"说的都是这一层意思[6]。禁止与命令，着重于法的功能，刑罚则主要是保证这种功能实现的手段。二者的联系实在密切。

古代文献中，至少有两个非常重要的字可训为法。一个是刑，一个是律。刑、法，法、律可以互训，如《尔雅·释诂》："刑，法也"，"律，法也"。《说文》："法，刑也。"《唐律疏议·名例》："法，亦律也。"当然，古字内涵丰富，常与其他字、词互训、转注，以至辗转生义。又由于时代变迁，字的形、音、义也会有种种不同。所以，这里所注意的主要是刑、法、律三个词的一般关系，特别是其中的内在逻辑联系。从时间顺序上看，我们今天称之为古代法的，在三代是刑，在春秋战国是法，秦汉以后则主要是律。从三者之间关系来看，它们之间没有如 Jus 和 Lex 那样的分层，更不含有权利、正义的意蕴。不过，三者并非平列而无偏重。应该说，三者的核心乃是刑。这样一来，古时有些词的意思，现代人就不易理解了。如大家所熟知的"法制"一词，据《吕氏春秋·孟秋纪》："是月也，命有司修法制，缮图圄，具桎梏，禁止奸"。再如法官：掌法律刑狱的官吏；法

吏：狱吏；法司：掌司法刑狱的官署。此外如法杖、法室、法科、法寺、法曹、法场、法辟、法禁、法网等等，无一不能归入今之所谓刑法的领域[7]。先秦法家又有刑名之学之称，的确不乏根据。后世有刑名师爷的说法，指的是县衙里襄助县太爷处理法律事务的幕僚。透过这个名称，多少可以见到其渊源所自，更可以感受到中国古代法律文化的传统。

现在回到本文开始提出的问题：以“法”作为Jus一类词的对译能否言尽其义？答案怕是不言自明。总之，在传统的层次上，中、西所谓法，文字不同，含义殊异，实在难以沟通。现在人常用的“法”字虽然已有了新的含义，但要完全道出Jus一词的真实意蕴，还是很困难的。所以，透过“法”与“Jus”之间语义上的歧异，我们看到的是不同民族历史进程和价值取向的不同，确切地说，是中、西文化之间的差异。只有从这里入手，我们才可以对上述两种语言现象中的真正差异作出较为合理的解释。为此，我们必须从古代希腊、罗马和中国国家与法的起源谈起，在我们将要叙述的这段历史中，这两个方面是密切相连的。

二

希腊古代史以其多中心而颇具特色。本文当然不能一一论及希腊各城邦国家形成的历史，下面单提出雅典国家，一方面是为了说明的方便；另一方面则是因为，雅典国家的产生被认为是“一般国家形成的一种非常典型的例子”[8]。这样说的理由之一是，雅典国家的产生没有受到任何外来或内部的暴力干涉[9]。的确，早在雅典国家出现以前，社会内部的变化已经腐蚀

了古老的氏族制度。社会分工的扩大逐步瓦解了旧有的血缘组织，新的以职业标准划分的集团出现了。又由于奴隶劳动的扩大和因为商业缘故而移居雅典的外邦人的日益增多，社会构成愈益复杂，并产生了一系列新的社会要求。然而，旧的氏族组织完全无法满足这些新的要求，它已经过时了。这便是雅典国家产生的契机。最初，正在产生的国家在每个部落中设 12 个小规模的区，恩格斯认为，这个设施具有两个特点：其一，它造就了一种与人民大众分离的公共权力；其二，它第一次不依亲属集团而按地域来划分居民[10]。这是导致雅典国家最终形成的意义深远的一步。

从纯粹的氏族组织到真正的国家形态，这中间不仅有漫长的行程，而且有无数的“中间形态”。遽下断语，未免失之武断。但也可以把历史当作一个逻辑整体来分析、描述。这样，不但可以抽出所谓本质特征，而且还可能找出重要的事件，作为历史的里程碑。在古代希腊、罗马国家形成的历史上，可以作为这些里程碑的，正是法。公元前 594 年的梭伦改革是我们所熟知的。由于改革措施悉以法律形式公布，因此这次改革又以“梭伦立法”而载入史册。梭伦立法依财产多寡分公民为四个阶级，确定了它们各自的权利，但仍保持了部落的划分，这是国家制度中唯一可见的氏族残余。这种状况延续了近一个世纪，直到公元前 509 年的克利斯提尼改革，雅典国家才最后完成。

由氏族迈向国家的进程，每一步都在法律上反映了出来，这个现象颇值得注意。因为，它涉及法的职能，法在社会中的地位等一系列问题，也与国家所由形成的途径有关。我们注意到，梭伦改革的背景是贵族与平民两大集团的激烈争斗。当时，矛盾已经激化到这样的程度：必须寻求一种新的社会秩序，使社

会冲突缓和下来，否则，两大集团可能同归于尽，社会也会因此而崩溃。梭伦以“民选调解官”（Aesymenites）的身份出而立法，这件事本身就很说明问题。恩格斯指出：

> 国家是表示：这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在“秩序”的范围以内；这种……力量，就是国家。[11]

这正是雅典国家产生过程的写照。

国家是凌驾于社会之上的力量，这不啻是说，法律是凌驾于社会之上的力量。梭伦立法的全部权威，甚至，从古代希腊一直到近代西方所谓法治的全部秘密，就在于此。

在雅典国家，各阶级权利、义务的分配悉由法律规定。自由民、公民，这些都是十足的法律概念。按照亚里士多德的定义，这类身份是由依法享有权利的性质和多寡来确定的。[12]。另一方面，国家的组织、管理方式因时因地而异，一切取决于利益集团力量的消长。这是政体问题，同时又是“宪法”问题。所以，雅典国家的党争终究要反映到法律上来。从梭伦、克利斯提尼和伯里克利的立法中可以清楚地看到这一点。利益集团的对立、冲突，必然导致对正义的不同理解，对宪法（政体）的不同要求。这两个问题是联系在一起的。从流传至今的希腊古代文献中可以看到，对于法律、权利、正义和道德的探究总是交织在一起的，智者吕哥弗隆说，法律是“人们互不侵害对方权利的保证”，亚里士多德则认为，法律“应该是促成全邦人民

都能进于正义和善德的［永久］制度”[13]。当法律与正义目的相符时，二者甚至可以合而为一。捍卫一种宪法同时就是保全一种政体，实现一种正义，合法的同时就是合乎正义的。[14]虽然智者们曾借助自然法的观念对城邦法（人定法）的正义性提出质疑，甚至加以否定，目的却在于以好的合乎正义的法律取代坏的邪恶的法律。毕竟，法律乃是凌驾于整个社会之上的力量。古希腊许多伟大的思想家都认识到，作为“普遍通则”的法律的统治较之作为“个别事例”的个人命令更为优越。对于“法治”的推崇构成了《法律篇》（柏拉图）和《政治学》的基调。正好比古希腊政治哲学的繁盛导源于其社会政治生活的发达一样，希腊人的“法治”观念以及反映在希腊语中法律与权利、正义等观念的密切联系，正是以其国家与法产生的历史为客观依据的。

罗马国家形成的历史略同于雅典。虽然，罗马王政时代（公元前753年—公元前510年）的历史并不十分清楚，但我们确知，在这个时代的晚期，社会集团之间的争斗已经十分激烈，以至恩格斯肯定地说，革命的原因就在于平民与罗马人民（populus romanus）之间的斗争。[15]据说第六代勒克斯塞尔维乌斯·士利乌斯效法希腊，尤其是梭伦立法制定了新制度。取消原氏族、部落的划分，将全体罗马自由人按财产多寡分为六个阶级，重新分配政治权利。“这样，在罗马也是在所谓王政被废除之前，以个人血缘关系为基础的古代社会制度就已经被破坏了，代之而起的是一个新的、以地区划分和财产差别为基础的真正的国家制度。”[16]此后，平民与罗马人民的冲突就转而为平民与贵族的斗争。早期罗马的全部立法都是由此产生并在这个范围内进行。从公元前509年的瓦莱里阿法开始，平民取得的每一项胜

利都在立法上确定下来。我们可以举出一系列立法来说明这个历史进程。比如，公元前 367 年的李启尼乌斯—赛克斯提乌斯法确认了平民担任执政官和其他高级官职的权利，取消了对平民和贵族通婚的法律限制；若干年后的霍腾西阿法（公元前 287 年）则使平民议会的决议成为具有普遍拘束力的国家法律。当然，最著名的还要数公元前 451—450 年颁布的《十二表法》，这部法典构成了全部罗马法的基础。关于它下面还要谈到。

显然，前面关于雅典国家与法的一般结论也可以适用于罗马。这主要是因为历史过程本身的近似。但另一方面，也要注意到，由于两种文明接触、渗透的结果，希腊社会法的观念在很大程度上影响甚至支配了罗马法学家。这方面的表现主要在后者对自然法思想的接受和运用。自然法思想产生于古代希腊，除与其国家与法的一般发展特点有关外，还与希腊自然哲学有很深的渊源。在欧洲历史上，自然法观念的产生、发展和传播构成了完整的一章。西方文化中的二元法观念、法律至上论和把法、权利、正义等概念放在一起考虑的思维方式都与这种思想有关。可惜，本文不能停下来考察这段历史，我们必须把注意力放在国家与法历史的初期，考察法、权利、正义等观念之间历史联系的由来。为此，提及自然法是很有必要的。自然法的观念在法之外同时包容了权利、正义等道德意识，从这个事实本身也可以窥见当日希腊人的法思想。虽然，自然法是相对于现行的人定法而存在的，但这正像 Jus 和 Lex 之间的对立一样，纯粹的形态只有在逻辑上才是可能的，在现实生活中，二者是紧密相连的。罗马法的基本分类：市民法、万民法、自然法，三者通用一个 Jus。从这个词本身是看不出“道德法”与现行法的区别的。甚至，Lex 也常常被当作 Jus 的同义词来使用。

的确，我们无法证明，在实际生活中，抽象的“法”（如 Jus 一类）可以兼指权利、正义，而具体的“法”（Lex 一类）却跟这些概念完全不相干。随着社会的发展，分化的趋势是必然的，然而，它们所由产生的毕竟是同一个社会，在这种意义上，它们的性质并无不同。把它们放到不同的文化背景上来比较时，这一点尤为突出。

三

与古代希腊、罗马国家相比，中国国家的形成至少要早一千年。但是，时间上的差别也许并不重要，真正能区分二者的是它们各自所由形成的途径和方式。

传说中的夏是中国最早的国家。最近几十年来的考古业已证实了这个传说中国家的存在。但关于这一段历史，我们所知无多。从现有材料看，夏文化远不及后来的殷商、特别是周文化发达，这是没有疑问的。但是，若从整个文化史的角度来看，则夏、商、周所谓三代又构成了一个完整的时代，即中国青铜时代。因此，我们在考察和论述中国国家形成的历史时，可以从总体上来把握这个时代。青铜时代伊始，社会权力与财富的分化即已非常明显，迄于周代，古代国家组织已近乎完备了。与此形成鲜明对照的是，“在整个的中国青铜时代，金属始终不是制造生产工具的主要原料；这时代的生产工具仍旧是由石、木、角、骨等原料制造”。[17]青铜则主要被用来制造礼器和兵器。这就是说，中国青铜时代国家的产生并非社会生产发生质变（青铜工具的普遍应用）的结果。反过来说，在这种条件下要把新的社会秩序维持下去，并使之不断巩固，势必要求一种“严密

的上级控制系统”。由此产生了下面两个问题：第一，古代中国最早的国家是怎样形成的（途径）？第二，这种国家是怎样组织起来的（方式）？

在关于夏的考古仅仅是开始的情况下，想要对上述问题提出令人满意的答案，在客观上是不可能的。这里，愿借侯外庐先生的研究所得，提出两个要点，虽然，用在这里已经颇有些偏离作者原意了。这两点是：“（1）因战争而产生的权力的提高；（2）族长传统的延续。”[18]

古代所有关于上古社会的记载，都有大量战争的描写，而且，描述中战争的激烈与频繁足以给人留下深刻的印象。共工与颛顼之争，黄帝与炎帝、蚩尤之战，这些虽然出自上古神话、传说，毕竟不能看成是子虚乌有的编造。至于后来讨伐三苗及种种“夷夏之争”的记载，更可以说明上古时代战争的繁多。当然，单纯的战争并不能产生国家。最初，战争中的俘虏大多被杀死或用作人牲、人祭。只有在一定的社会发展阶段上，俘虏才被当作劳动力使用。在中国史前史上，这个阶段大概是在新石器时代晚期[19]。至少在这一阶段，能够带来大量俘获的战争加速了氏族中权力的集中和社会的分层，而社会组织结构的改变，对于人类生活实在有着重大的影响。

一般说来，文明的产生必以“剩余财富”的出现为前提。但是，“个人生活需求量是相对的，因此社会的剩余物资不会是生产量提高以后自然产生的，而必须是人工性产生的。换言之，社会关系越不平等，越能产生财富的集中，越能产生使用于所谓文明现象的剩余财富”。[20]早期社会的分化在希腊产生了伟大的荷马史诗，在中国则加速了青铜时代的到来。

一件青铜器的形成需要经过一系列复杂的程序，包括金属

的开采、运输、冶炼和熔铸。这个过程的完成没有相当程度的权力集中是难以想象的。可以说，青铜器的出现意味着某种具有分层和权力集中特点的社会秩序的存在。正惟如此，青铜器本身也就具有了一种特殊的社会功能，它不仅成为这种秩序的表征，而且成了使之进一步发达、强化的手段。[21]。青铜兵器的广泛应用和不断改进，提高了战争的效能，使其拥有者能够有更多的俘获，这一方面间接促进了生产力的发展，另一方面则更加强化了它赖以产生的社会秩序。至于青铜礼器，由于它直接转化成为权力的象征物而更值得我们注意。侯外庐先生正确地指出："礼器就是所获物与支配权的合一体，由人格的物化转变而为物化了的人格，换言之，尊爵就是富贵不分的王室子孙的专政形式。"[22]（重点号为原文所有）总之，青铜礼器就是政治权力。由于这种特殊的社会功能，青铜礼器在商、周统治阶级当中具有崇高的地位，涉及当时国家生活所有重要领域[23]。它也像青铜兵器一样，反过来强化了它所代表的那种社会秩序。中国青铜时代的国家就在这种不断的相互作用之中逐渐发达、完善起来，战争则贯穿这一过程的始终，在国家的形成、发展中发挥着重要的作用。[24]当然，较完备的国家形态是在一个相当漫长的时期里逐渐完成的，我们无法找出一个时间上的确定点来界定国家与国家前的社会状态，但是，指出战争在中国国家形成程序上的重要性却是很有必要的。

《左传》上说，"国之大事，在祀与戎"。戎，自然是指战争；至于祀，那就与所谓"族长传统"有关了。从某种意义上说，血族团体中族长的重要性与他本人无关，而在于他所具有的祭祀主持人的身份。因为，能够把一个血族团体紧紧维系在一起的，莫过于祭祀祖先的仪式了。族长传统的延续表明了社会组织中

血族团体的重要性。值得注意的是，在中国青铜时代，族长传统的延续与战争和社会分层都有密切的关系。一方面，这种传统因战争而不断得到强化；另一方面，它又直接表现为社会分层的基础。

我们知道，当时、乃至上古神话中的战争，毫无例外地是氏族之间的征伐，即便是夏、商、周三代更替也不出一族一姓的兴衰之外。正因为如此，社会的统治者（包括异姓联盟）与被统治者同时可以根据族姓来划分。[25]不过，氏族本身也是内部分层的。氏族之下分为若干宗族，"宗族的成员彼此都有从系谱上可以追溯下来的血亲关系，而在同一个宗族之内其成员根据他们与主支（由每一代嫡长子组成）在系谱上的距离而又分成若干宗支。一个宗族成员在政治权力上和仪式上的地位，是上他在大小宗支的成员所属身份而决定的。因此，大的宗族本身便是一个分为许多阶层的社会"。[26]有理由认为，在中国青铜时代到来之前，社会内部的分层正是循着血缘亲族的线索展开的，而当氏族之间的战争转而成为族姓的统治与被统治的时候，统治者内部基于血缘的分层就渐渐具有了国家组织的内蕴。由于这种转变，祖先崇拜的祭仪就从单纯的宗教仪式上升而为国家组织的政治活动。《礼记·祭统》："凡治人之道，莫急于礼；礼有五经，莫重于祭。"祭的重要就在于它既是维系血族团体的纽带，同时又是对国家组织的强化。在中国青铜时代，能够证明这一点并且最能表现这种结合的，正是青铜礼器。这些用于祭祀的礼器在数量、式样、花纹等方面表现出严格的等级差别。这种差别不仅表明祭祀者在血亲网络中的位置（血缘上的亲疏远近），而且指示出他在国家组织中相应的地位（政治上的权力大小）。"从规范上说，各级宗族之间的分层关系与各个宗邑的

分层关系应该是相一致的”。[27]这就是所谓宗法制国家，我们在周代看到的，是它的完备形态。

这种由战争中强化的权力和族长传统相结合所构成的奇特形态与雅典或罗马国家组织截然不同。首先，国家的产生远不是以氏族组织的瓦解为代价的，相反，它保留了原有的血缘关系，把氏族内部的亲属关系直接转化成为国家的组织方式，从而把旧的氏族组织与新的国家形态熔铸于一。所以很自然，它划分居民的标准是氏族而非地域[28]。对于这种国家来说，旧的氏族组织并非可有可无的形式，而是在当时条件下可能采用的最自然最有效的统治方式。其次，国家权力严格说来并不表现为“驾于社会之上”的“公共权力”，[29]而是赤裸裸的族姓之间的征服和统治。在这一点上，中国青铜时代的国家形态或许更接近于一些人类学者的国家定义。Service 说：国家“是以一种与合法的武力有关的特殊机械作用所团结起来的”。[30]Kent V. Flannery 在指出国家按地域划分居民的特点以后接着说：

> 国家企图维持武力的独占，并以真正的法律为特征：几乎任何罪行都可以认为是叛违国家的罪行，其处罚依典章化的程序由国家执行，而不再像较简单的社会中那样是被侵犯者或他的亲属的责任。[31]

总之，使我们视夏、商、周为国家的，与其说是驾于社会之上的“公共权力”，不如说是族姓统治的合法武力。这种合法的武力，在中国青铜时代就是刑。

古代文献中关于三代刑政的记载极多。《左传》上说：“夏有乱政，而作禹刑。”不但说夏有禹刑，而且还说明了作刑的原因。有的文献把作刑的时间提得更早。《尚书·尧典》：“帝曰：

'皋陶！蛮夷滑夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服，五服三就。'"这里的五刑、三就在《国语·鲁语上》中有解释：

> 大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑有刀锯，其次用钻笮，薄刑用鞭扑，以威民也。故大者陈之原野，小者致之朝市，五刑三次，是无隐也。

这两段话告诉我们，对外征战以刀兵相加，是为大刑；对内镇压以刀锯鞭扑，是为中刑、薄刑。所谓"内行刀锯，外用甲兵"，不外乎国家施行强力统治的手段。这就是中国青铜时代刑的起源和"法"的观念。这与中国青铜时代国家形成的历史特点完全吻合。当然，这样宽泛的法的观念逐渐有了改变，最后只限于对于犯罪的惩处。但最初兵刑不分的观念也时有反映。如《周礼·天官冢宰》所谓"五曰刑典，以诘邦国，以刑百官，以纠万民"。夏以后关于刑的记载更多，《荀子》说："刑名从商"，《吕氏春秋》说商有"刑三百"。史载，商还有醢、炮烙等酷刑。至于周代，刑罚愈益系统、精细了。据《尚书·吕刑》，周有墨、劓、剕、宫、大辟五刑，而且，"五刑之属三千"。《左传》还说周有刑书九篇，这也是很可能的。总之，三代刑罚的酷烈和繁复当无疑义，这种现象与三代国家的特点和法的功能是分不开的。

国家与法所由产生的途径，不仅决定了国家的组织方式，而且也规定了法的社会功能。中、西法观念的根本差异，以及这种差异在语言上的表现，首先应从这一角度来认识。我们看到，古代希腊、罗马国家与法肇始于平民与贵族的冲突，在某种意义上说，它们是社会妥协的结果，而不是任何一方以暴力无条件地强加于对方的命令。所以，尽管这种法不能不因社会集团

力量的消长而偏于这一方或那一方，也不能不因为它是国家的强制力而具有镇压的职能，但它毕竟是用以确定和保护社会各阶级（当然只限于自由人）权利的重要手段，并因此获得一体遵行的效力。正因为有这样的历史前提，希腊城邦国家的政治正义论和罗马的私法才可能繁盛发达起来，西方文明也才可能发展成今天这个样子。而在中国青铜时代，宪法等观念完全阙如，因为根本没有它据以产生的政治土壤。国家不是什么“公共权力”，而是一族一姓施行其合法武力的恰当形式。所以，国家并未取代氏族组织，而是与之融合、互渗，形成一种“严密的上级控制系统以求保持一个可能不稳定的系统的稳定”。[32]于是，赤裸裸的统治术取代了政治正义论，法只被看作是镇压的工具，它主要表现为刑。

> 王曰：“告尔殷多士。今予惟不尔杀，余惟时命有申。今朕作大邑于兹洛。予惟四方罔攸宾，亦惟尔多士攸服奔走臣我多逊。尔乃尚有尔土；尔乃尚宁干止。尔克敬，天惟畀矜尔；尔不克敬，尔不啻不有尔土，予亦致天之罚于尔躬。”（《尚书·多士》）

命令，禁止，顺我者赏，逆我者刑。这便是三代之法的真诠。这个特点虽然源出于中国青铜时代，但却流衍于后世，成为中国古代法的根本特征之一。为了说明这个问题，我们必须对先秦法家予以相当的注意。

四

春秋战国之交乃是动乱之秋。从文化史上看，这一阶段标

志着青铜文明的解体和铁器时代的开端。这个转折点在社会经济、政治、思想等领域都造成了剧烈的变动。但是，就国家制度而言，这不过是“乱臣贼子”的时代。宗法制不存在了，而社会格局依旧，依然是毫无遮掩的统治与被统治。类似古代希腊、罗马国家中平民与贵族对峙的局面从不曾出现，因为，古代中国社会完全没有与之相当的两个集团。所以，中国古代成文法的出现（公元前536年郑子产作刑书），与雅典之有梭伦立法和罗马之有《十二表法》意义完全不同。在古代中国，法的功能并未因其成文化而有些微改变。“民在鼎矣”，这只是礼崩乐坏的标志，是“乱臣贼子”们合法权力的象征。从这种统治术的变化到君临一切之上的法的观念，距离十分遥远，在中国当以千年为单位计算。

当然，法律由不成文到成文的变迁，是文化史上进步的事实。同样，从三代的“刑”，演变而为战国的“法”（如《法经》），进而成为秦汉以后的“律”，也表现出由以刑统罪到以罪统刑的文化进步。只是，我们所注意的主要是中国古代法中一以贯之的东西，亦即变中的不变因素。

在先秦诸子当中，法家为显学之一。这一派以奖励耕战，急功近利为其要旨。而它之所以被称为法家，更重要的原因在于，它主张以“法”治国，这便是古代中国的“法治”说。近代英语语汇中有一个著名的术语：rule of law，直译为法的统治，亦即“法治”。这样译法应当说言简意赅。殊不知，无数的麻烦竟由此而生。有人把它等同于先秦法家所鼓吹的“法治”，于是引出许多无谓的笔墨官司。这是没有弄清中、西社会中法的功能，以及人们关于法的观念的缘故。其实，法家所谓的“法治”只在“刑赏”二字。管子以号令（禁止令行）、斧钺（刑）和禄赏

（赏）为治国三器（卷十五《政令》），表述的正是这种思想。《商君书·算地》云：

> 夫刑者所以禁邪也，而赏者所以助禁也。……故刑戮者所以止奸也，而官爵者所以劝功也。

赏以劝善，刑以止奸，“法”的作用是很明白的。然而，正好比孔孟一派的理论主要是表现为礼的三代宗法制的哲学化、系统化，法家的主张也只是把“用命赏于祖，弗用命戮于社”（《尚书·甘誓》）的古代模式发展至于极端罢了。由这一线索看，法家人物之成为坚定的君主专制的拥护者，原是逻辑和历史的自然，不足为奇。

以刑为核心、旨在禁止令行的“法”思想有极深的历史文化渊源，并非法家所特有的观念。在法律思想方面，真正构成法家特色的乃是“一刑”的思想。

> 所谓一刑者，刑无等级，自卿相、将军以至大夫庶人有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦。（《商君书·赏刑》）

韩非子云：

> 法不阿贵，绳不绕曲，法之所加，智者弗能辩，勇者弗能争，刑过不避大夫，赏善不遗匹夫。（《有度》）

重复引用这些引滥了的话是因为它们很有代表性，其他法家人物如管子、慎到也都有类似的言论。这种思想主要针对三代残存的旧秩序（宗法制）、旧观念（“刑不上大夫”）而来，其

反面乃是要树立专制君主（乱臣贼子们）的绝对权威。所以，商君言法，申子言术，慎子言势，到了法家集大成者的韩非那里，则法、术、势融而于一。故云：

> 法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也。术者，藏之于胸中，以偶众端，而潜御群臣者也。故法莫如显，而术不欲见。是以明主言法，则境内卑贱莫不闻知也，……用术，则亲爱习近莫之得闻也。（《韩非子·难三》）

法也好，术也好，说到底只是君主用来治国治人的统治术，其兴废只在君主的好恶之间。法不过是治国一器，其权威源自君主的权威，指望这种“法”能在实践中断事以一，恐怕过于乐观。而把这种“一断于法”的“法治”与亚里士多德《政治学》中甚至近代西方的法治观念相提并论、甚而等同起来的作法尤为牵强。

一方面主张刑无等级，另一方面又强调君主的专制权力，在法家原是相反相成的两面。但实际上终不免陷于自相矛盾之中。所以，一断于法的思想在中国法律史上不过昙花一现，也应在意料之中。自汉迄清，整个一部中国法律史就是等级身份的总纪录。表现于法律上的等级之森严，身份之繁复，在古代世界中是罕见的。奇怪的是，这一点竟与先秦法家的理论与实践有某种关联。

在中国法律史上，法家一派虽然生命短促，其事功的显赫却不可忽视。它的以刑为核心，旨在禁止令行的法观念虽然直接得自中国青铜时代，但在特定的历史条件下，它以其富有特色的理论与实践使这种观念更形丰富、成熟，从而更深地植根

于民族意识之中，并对中国法律制度的发展产生了重大的影响。这种影响是多方面的。这里择其要而谈。

战国时最著名的成文法是李悝的《法经》。史书上说，商君“受之以相秦”，可以想见它对秦律的影响。汉承秦制。“相国萧何捃摭秦法，取其宜于时者，作律九章。”(《汉书·刑法志》)，是为“九章律”，而其中的六章正是《法经》的篇目。以后法律制度的发展虽然驳杂，但由后魏律上承汉律，下启北齐律、隋《开皇律》、唐律而迄于清的历史线索，大体上是清楚的。所以，我们不妨对《法经》稍加注意。《法经》原文已亡佚，较完整的记述见于《晋书·刑法志》：

> 悝撰次诸国法，著《法经》。以为王者之政莫急于盗贼，故其律始于《盗》、《贼》；盗贼须劾捕，故著《网》、《捕》二篇；其轻狡越城、博戏、借假不廉、淫侈逾制，以为《杂律》一篇；又以其律具其加减，是故所著六篇而已。然皆罪名之制也。

《法经》，刑法而已。[33]

秦代法网密布，事事皆有法式，仅《法经》六篇自然不够用。从近年来出土的秦简看，当时有大量调整国家经济活动的律、令。如《田律》、《仓律》、《工律》等等。但这些法律与我们今天所谓经济法相去甚远。因为，所有关于禁止令行的规定都是以刑罚来保证施行的。这正是三代以来刑的观念发达的表现，也是当时人关于“法”的认识的反映。也许可以说，当时只有罪的概念而无违法的意识，因此，违法与犯罪总是混为一谈的。以后历代法律率多受这种观念支配。《唐律》十二篇，虽有职制、户婚、厩库等篇，但要找出违者不以刑罚的条款怕是

很难的。这里，诸如亲属、婚姻、继承、物权、债权一类民事关系统统被纳入到刑罚体系中去了。此外还有大量律文正条之外的规范，因与律相配合而具有强制力。如唐之令、格、式等，它们与律的关系，史书上说得明白：

> 凡律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁违止邪，式以轨物程事。(《唐六典·卷六》)
>
> 令者，尊卑贵贱之等级，国家之制度也；格者，百官有司所常行之事也；式者，其所守之常法也；凡邦国之政，必从事于此三者。其有所违反及人之为恶而入于罪者，一断于律。(《新唐书·刑法志》)

刑的观念极为发达以至于畸形，这种现象自然不限于唐律，而是直到清律例以前所谓古代法的一般特征。

如果说，上述影响主要表现于制度方面，那么，与这种制度相连的观念的影响则更值得注意。单纯的刑罚是没有意义的，它必须附于一定的行为规则之上，至于这些规则是国家对于外在行为的禁止、命令还是社会的内在道德要求，它可以不闻不问。这一点取决于特定的文化形态，尤其是其中的社会价值取向。认识这一点非常重要。因为，这至少提供了一种可能性，即刑罚与道德戒条结合，从而使原本是道德的规范同时履行法的职能。这实际上意味着，法失去了它的独立存在，法与包括礼仪、伦常等内容的道德要求不复有明确的界限，乃至混而于一了。这种理论上的可能性正是中国法律史上的现实，也正是中国古代法的悲剧所在。这样看来，“以礼入法”的说法实在不够确切，应该说是礼刑结合。同样，所谓“儒法合流”的说法也应加以限制，后世所继承的法家，不是一断于法（哪怕只是在

理论上主张）的法家，而是视法为刑的法家。以镇压、恐吓为本的刑屈从于讲亲亲尊尊、长幼等差的礼，这就构成了中国古代法的独特形态。

这里，我们已经接触到中国古代法的一个绝大的秘密，即道德的法律化与法律的道德化。当然，对这样一个大题目，本文不能在此作深入的探讨，但可以指出两点：（1）这个过程同样肇始于中国青铜时代；（2）它的完成与视法为刑的观念有极为密切的关系。

五

现在，读者也许可以理解，为什么本文用了那么大的篇幅讨论中国国家与法的形成过程及其特点。正因为有这一段历史，中国古代法才具有了它后来的那种奇异形态。对中国法律史稍有涉猎的人都会发现，刑罚的酷烈和繁多不仅是三代，而且也是整个中国古代法的特点。然而，让人吃惊的并不是其残酷野蛮，而在于，这种残酷野蛮竟然与四千年的文明共存，与古代发达的道德哲学并行不悖。这种看似矛盾的现象只有联系中国传统文化中关于法的性质、功能的一般观念才是可以解释的。

西塞罗曾说，为了自由，我们作了法的奴隶。[34]中世纪英国法学家的格言是："法是君主拥有的最大遗产，因为没有法就不会有君主和遗产。"[35]康德说："个人是自由的，如果他只服从法律而不服从任何人。"[36]孟德斯鸠则认为，自由就是"做法律所许可的一切事的权利"。[37]这是西方文化的传统和精粹。其公式是法→人→法：所有的人都必须服从法律，法律的制定、修订亦须遵行法定程序。它所注重的是合法性问题。这里，法由手

段上升而为目的，变成一种非人格的至高主宰。它不仅支配着每一个个人，而且统治着整个社会，把全部的社会生活都纳入到一个非人格化的框架中去。这就是近代西方法治思想的哲学基础。这种观念最初得以萌生的社会历史原因，我们在上面已经谈到了。尽管历史几经变迁，曾经盛极一时的古代国家早已埋入黄土，成为考古学家和历史学家们发掘的对象，但在今天我们称之为西方文化的有机体上，那由母体中带来的胎记依然清晰可见。

然而，犹如汉语的“法”很难译出 Jus 一类词的真正含义（一百年以前完全不可能）一样，中国人想要透彻理解西方文化中法的真实意蕴也不容易。这里所表现出来的乃是文化上的语言不通。权利、自由、正义，这些观念在中国古代社会是陌生的，当然更谈不上以法律来保证它们的实现。法，刑也。直到清代，皇帝在圣谕里还说“讲法律以警愚顽”。[38]依传统观念，法不过是镇压的工具，是无数统治手段中的一种，可以由治人者随意运用、组合。它的地位自然也就等而下之了。在中国古代，从理论上说，有治人，无治法；征诸史实，可以说，有治吏，无治法。法既然只是人格化的统治工具，也只好满足于一种附庸的地位，更何况，受其功能的局限，它的作用也是非常有限的。古代中国政制之为“人治”，根由便在于此。如果这种统治模式也用一个简短的公式来表示，那就是人→法→人：站在顶端的君主发号施令，由大大小小的各级官吏来执行，庶民则永远是法律施行的客体，赏刑由之。正因为如此，中国历史上对于“法”的强调总是与加强君权联系在一起的。三代如此，先秦法家亦如此，清代还是如此。严复对此不胜感喟：

若夫督责书所谓法者，直刑而已，所以驱迫束缚其臣

> 民，而国君则超乎法之上，可以意用法易法，而不为法所拘。夫如是，虽有法，亦适成专制而已。(《孟德斯鸠法意·按语》)

从严复的译著《法意》到孙中山的"五权宪法"，西方近代法学思想和法律制度被大量介绍到中国。正是由于这些前辈的不懈努力和大胆实践，古老的中国才真正接触到当时世界上最先进的法律制度。然而，这并不意味着观念的革命已经完成。因为，一种具有深厚社会、文化基础的观念一旦形成，必将极大地作用于历史，即便在最初的条件已经消失、相应的制度已经改变的情况下，它也可能长久地存留下去，于无形之中影响甚至左右着人们的思想和行为。

我们今天所谓法，当然有了不同于古代"法"字含义的新义。但多数人在使用这个词时，心中所想的往往是刑法，似乎刑法便可以一般地代表法。这虽然是普通人的潜在意识，传统观念历史惯性的表现，同时却也反映出社会现实的某些方面。1949 年以来，新中国逐步建立了自己的法学体系和众多现代法律部门，这当然是重大的成就。但如果据此认为，传统观念的残存影响会因此而自动消除，则未免过于天真了。我们可以自问：为什么人们对专政工具、阶级斗争手段一类的法的定义容易而且乐于接受？在一些人心目中的"法＝专政工具"的公式里，究竟有多少真正是马克思主义的理论，有多少是传统观念的现代形态？历史表明，一味地强调法是专政工具、镇压手段，可以随时损益，不仅造成法学部门的畸形发展，而且使合法性的观念难以立足，更不要说法的稳定性与权威性了。近四十年来屡屡出现漠视甚至公然践踏法律的情形莫不与此有关。文革

期间，有些人不正是借无产阶级专政之名而大行其私吗？司法机关可以砸烂，任何法律都可以践踏于脚下，唯有刑不可不要。一时间私刑泛滥，而且花样翻新。法的空前浩劫与刑的泛滥成灾恰成对照。法又返回到刑。中国古代视法为刑的观念以及这种观念顽强地占据历史舞台，并于无形中影响着我们的看法，难道还有比这些更雄辩的事实吗？遗憾的是，人们对于这个问题的反省至今还不能说是很充分的。不少人还习惯于把法放在自己的对立面上，只视之为禁条，很少以权利意识灌注于其中，把它看作是公民自由和合法权益的根本保障，更不曾把法理解为组织社会的基本模式，这里，片面强调法的专政职能不能不说是原因之一。

高度复杂的现代社会生活，对于社会主体行为的合理性也提出了更高的要求。在经济生活中，这种合理化的实现必然表现为非人格化的法律统治，而现代政治中的民主要求最终也不能不以法治为其鹄的。只有从这个角度来认识法与现代社会的关系才可能是深刻的，也只有在这个意义上谈论法制的现代化才是真正富有成效的。显然，传统的观念完全容纳不下这样丰富的内涵，由于受到传统观念的影响，我们今天的认识距现代法制的要求也还有明显的差距。为了缩小这个差距，有必要进行一场观念的革新；而清算以往的历史，自觉认清我们于无意中承受的传统，尤其是认清这种传统对今天的影响，则是第一步。只有当我们努力去从事这项工作的时候，才可以说增强了现代人的法的意识。

注　释

［1］　这一点由下表可见：

语种	希腊语	拉丁语	法语	德语	意大利语	西班牙语
I	Τοδίκαιον	Jus	Droit	Recht	Diritto	Derecho
Ⅱ	νόμος	Lex	Loi	Gesetz	Legge	Ley

表中第一栏字兼指法、权利，同时又有正义、衡平、道德的含义，其义含混、抽象，富有哲学意味。第二栏字通常指具体规则，其义明确、具体、技术性强。

［2］ 参见实藤惠秀：《中国人留学日本史》第七章第十三节（三联书店，北京，1983)。

［3］ 《法学辞典》第454页（上海辞书出版社，1980)。

［4］ 蔡枢衡：《中国刑法史》第170页（广西人民出版社，南宁，1983)。

［5］ 瞿同祖：《中国法律与中国社会》第253页（中华书局，北京，1981)。

［6］ 以上关于法字的考释请参阅蔡枢衡：《中国刑法史》第5、6、41页。

［7］ 参见《辞源》有关条目。

［8］ 《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》第4卷，第115页（人民出版社，北京，1972)。

［9］ 同上。另外一点理由是："高度发展的国家形态，民主共和国，是直接从氏族社会中产生的。"关于这一点，学术界是有争议的。参阅顾准《希腊城邦制度》（中国社会科学出版社，北京，1982)。

［10］ 参见注［8］揭，第110页。

［11］ 同上，第166页。

［12］ 《政治学》第三卷前五章对公民身份有详尽的讨论（商务印书馆，北京，1981)。

［13］ 亚里士多德：《政治学》第138页。

［14］ 同上，第275、147页。

［15］ 参见注［8］揭，第125页。恩格斯认为，平民由外来移民与

被征服地的居民构成，因而有罗马人民与平民对抗一说（同上第 124 页）。

［16］　同上，第 126 页。

［17］　张光直：《中国青铜时代》第 8 页（三联书店，北京，1983）。在已出土的商周青铜器中，农具至为少见，一般见到的还是石、骨、木、蚌、角等材料制成的农具。所以，上面的结论是有考古学上的依据的。关于这一点可以参阅陈梦家：《殷墟卜辞综述》第 542、549 页（科学出版社，北京，1956）；《新中国的考古收获》第 46—47、52—53 页（文物出版社，北京，1961）；《商周考古》第 39、167 页（文物出版社，北京，1979）；《尚钺史学论文选集》第 298—299、340 页（人民出版社，北京，1984）；翦伯赞：《中国史纲要》（一）第 19、40 页（人民出版社，北京，1979）；此外还可以参阅邹宝钧：《中国青铜器时代》第 17—19 页（三联书店，北京，1963）；马承源《中国古代青铜器》第 12—28 页（上海人民出版社，1982）。这两部论著所强调的是青铜农具在当时已见使用，并且认为，当时实际使用的青铜农具多于今天可能发现的青铜遗存。尽管如此，石、骨、木、蚌、角等农具在中国青铜时代仍被普遍使用依然是个事实。这种现象与当时青铜冶炼、铸造技术的高度发达和青铜礼器（包括乐器）、兵器的大量出现，形成了鲜明的对照。然而，正是从这种惊人的不合比例的现象中，我们或许可以找到解释这一问题的主要线索。详见下。

［18］　侯外庐：《中国思想通史》（一），第 74 页（人民出版社，北京，1980）。

［19］　这里指的是龙山文化。一般认为，这一时期以农业为主，已出现私有制和社会分化。这一时期的文化与夏、商、周的文明都有密切联系，见安志敏：《中国新石器时代论集》第 67、75、79、246 页（文物出版社，北京，1982）；甚至还有人认为，亲族群的政治性或说政治集团的亲族性的特征这一时期便已出现，见张光直：《中国青铜时代》第 303 页。

［20］　张光直：《中国青铜时代》第 54 页。

［21］　同上，第 23 页。

［22］　侯外庐：《中国思想通史》（一），第 15 页；张光直：《中国青铜时代》第 13、21、23、110—111 页。

［23］　西周青铜器铭文的内容包括分封诸侯、朝覲王室、参预祭祀典礼、宴飨、狩猎等各种王室活动，还有征伐方国、胜利记功、世官的尊荣、家族的祭享、婚媾乃至交换、诉讼等等。请参阅马承源：《中国古代青铜器》第18—28页；《新中国的考古发现和研究》第264—270页（文物出版社，北京，1984）。由此不但可以知道青铜礼器在商周社会里的重要作用，还可以部分地解释出土的大量青铜器中礼器、兵器与农具惊人的不成比例的现象。陈梦家在《殷墟卜辞综述》一书中写道："青铜工艺在殷代是一种特殊发展的王家工艺，为王室贵族服务的。它不是普遍存在的专业化工业部门"（第549页）。陈先生的立足点完全正确。

［24］　田昌五：《古代社会形态研究》第177—182页（天津人民出版社，1980）。有一种理论认为，国家的产生不可能是孤岛式的，而是平行并进式的。考古和古代文献都证明，夏、商、周三代除直接承继的纵向关系外，还有不容忽视的横向联系，应该说，这种横向联系是三代王朝更替的一般前提。参阅张光直：《中国青铜时代》。横向联系的内容是丰富的，敌对状态乃至公开的征战正是其中的重要部分。姬周最早的国家很可能是在征伐（统一西方）的过程中建立起来的。邹衡：《论先周文化》，载《夏商周考古学论文集》（文物出版社，北京，1980）。这个国家由于对商的征服和统治而大为强化、完备，更是不争的事实。

［25］　田昌五：《中国奴隶制形态之探索》，载《古代社会形态研究》；张光直：《中国青铜时代》第297—308页。周初大封建时，周王所赐物中至少有两项特别值得注意，那就是氏族的姓氏和以宗族为单位的人民。参阅上引书，第112—113页。

［26］　张光直：《中国青铜时代》第19—20、110页。

［27］　张光直：《中国青铜时代》第110页；郭宝钧：《中国青铜器时代》第202—204页。近人王国维认为，周以宗法（嫡长子继承，同姓不婚等所谓亲亲尊尊之制）而别于殷商。此说颇有影响，相沿至今，但也见有异议，认为宗法为三代之制。见张光直上引书。又，范文澜先生认为，殷商即有此制，周只是进一步发展罢了。见其《中国通史》（一）（人民出版社，北京，1979）。

［28］　这是早熟的国家形态。关于这一点可以参阅侯外庐等著《中国思想通史》（一）第一、二两章。

［29］　任何能称为国家的组织都具有或多或少的公共职能，在这个意义上，凡国家都可以被看作是“公共权力”。但是，本文是在一种更为严格的意义上使用这个词的。如上所述，古代希腊、罗马国家是同一社会中两大集团抗争和妥协的产物，它凌驾于社会之上并日益与社会相分离，这就是恩格斯上引文中所指的“公共权力”。但在恩格斯不曾论及的古代中国，国家是在氏族战争中产生的。基于氏族组织的统治和被统治是社会的基本格局。这一巨大的历史差别对于中国和希腊、罗马两种文明的发展实在有着惊人的影响。本文把“公共权力”的含义限制在恩格斯论述的希腊、罗马国家起源的范围内，正是为了突出这一客观存在的差别。

［30］　张光直：《中国青铜时代》第51页。

［31］　张光直：《中国青铜时代》第53、18页。

［32］　同上。

［33］　这与同时代的罗马《十二表法》恰成鲜明对照。虽然，在这部早期罗马法典中，程序法与实体法、公法与私法、宗教法与世俗法混而不分，但其中继承和监护、所有权和占有、土地和房屋、私法、公法各据一表，已经显示出它将来的发展方向。它所表现的局限性纯粹是社会形态尚未成熟的结果。它与《法经》的不同首先是文化形态上的，而不是社会发展阶段上的。对二者的比较、说明是很有趣的，可惜，这不是本文所能做的。

［34］　罗·庞德：《法律的任务》第106、107页（商务印书馆，北京，1984）。

［35］　同上，第106、107页。

［36］　林毓生：关于政治秩序的两种观念，载《知识分子》第1卷第4期，第98页。

［37］　孟德斯鸠：《论法的精神》（上），第154页（商务印书馆，北京，1982）。

［38］　《圣谕广训》。

梁治平

礼法文化*

故圣人之所以治人七情，修十义，讲信修睦，尚辞让，去争夺，舍礼何以治之？

——《礼记·礼运》

1 在一个社会里面，决定着私法发生、发展以及发达程度的因素是多种多样的，要把它们一一罗列出来，且予以清晰明白的分析，那是不大可能的事情。好在，也没有这样的必要，因为真正具有决定意义的因素总是那为数不多的几种。当然这并不是说，无论涉及的是哪一种社会，哪一个时代，只须注意其中某种固定不变的因素，就可以洋洋洒洒地写出一大串结论来。同样的问题，针对不同的社会或者文化，提出的方式必定有各种差异，往下注意的问题因此也有不同。研究中国古代的

* 本文选自《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》(修订版)(中国政法大学出版社，北京，1997)。

“私法”问题，却先由最一般的文化问题入手，考察个人和阶级的状况，探究古代的法律观念和权利意识，就是因为我们先已注意到这样一个事实：中国古代法只是“公法”（韩非子所谓“公法”，而非罗马人意义上的公法），中国古代法典一概是刑法典。如果在一种古代的法律制度里面未能发现有民事法典，我们也许不会太觉意外，但是如果在有着悠久传统，并且本身已极尽成熟的法典当中竟然找不出真正的民事法律条款的时候，我们就会感到惊异。倘若我们又进一步地发现，在这个民族的文化传统里面，没有，甚至也不大可能容纳“私法”或“民法”的概念，这时，我们简直是大惑不解了。显然，回答这些问题，需要的首先不是技术性的讨论和对于细节的研究，而是对于一般文化背景的把握。就是由这样的立场出发，我们提出并讨论了三个基本的概念：个人、权利、和谐。

说中国传统文化里面没有个人，也就是说没有个人权利这种东西。然而没有个人权利，实际上就等于一般地没有权利。正好像无私权的个体不能算作“个人”，没有“个人”的“权利”也是不可想象的。现代人也许很难设想一个完全不讲权利的社会，但是这样一个社会不仅在历史上真实地存在过，而且不乏文化上的合理依据。它强调绝对的和谐，强调人与人，人与自然乃至整个宇宙之间的洽和无间。于是，争讼成了绝对的坏事，法律亦被认为是“必要的邪恶”。

“邪恶”是相对于理想而言，“必要”则纯由现实立论。在理想的社会里面，民无争心，因此无须任何外在的强制，但是眼下要“使民不争”，却不能没有威刑。这就是为什么，中国古代的“法”只是“刑律”。当然，“法”对于实现社会的和谐虽属必要，却还不是唯一的武器。刑罚可以使人畏惧而不敢与争，

但不能够消除欲争之心。实现社会和谐的最根本手段应该说是“教化”。教使民不争，且能化之于无形。这时，人们不是慑于惩罚而不敢争，而是达于人道而不愿争。换句话说，人们不是慑于强暴而放弃自己的主张，而是出于内心的认识与信念自觉自愿地否定“自己”。这便是数千年来，所有贤人圣哲众口一辞赞颂的无私。因为无私，所以无争，所以有人类的大同。这是我们祖先普遍抱持的理想，也是我们这种文化一以贯之的基本立场。由这样的角度去观察，我们就会发现，个人、权利一类观念绝不是普遍的社会学意义上的事实，它们实际是价值，是某种基本的文化立场或者态度。

权利的概念不仅指个人的要求和主张，而且本质上带有“正当”的意味。后面这一点尤其值得注意，因为这是一个道德判断，它表明了某种道德态度。在这里，私欲、私利有着道德上的正当性，所要解决的问题，只是确定哪些属于正当的要求，哪些不属于；对于正当的要求可以提供什么样的保护，以及，如何去协调各种相互冲突的要求和主张，等等。当然，对于一个复杂的社会来说，这不纯是个道德问题，还经常是一个法律问题、技术问题。法律在这里担负着确定和保护权利的职能，因此与“权利”结下不解之缘。西语中“法”与“权利”同为一字的语言现象就是这样产生的。也只有在这样的背景之下，罗马的“民法”和“私法”才可能发展、发达起来。从这里我们也可以看到，相对于“权利”或者“刑”的“法”的观念，既没有任何一种先验的规定，也不是在经历了某种孤立的发展之后才具有其特定内涵的。事实上，它从一开始就与“权利”或者“刑”的观念相互影响着，并且是在与包括它们在内的许多观念的相互作用中逐渐确定其界限的。归根到底，法的观念是

被塑造出来的，它不能够越出它置身其中的文化的界限。

2

现在，我们可以比较容易地了解到，为什么中国古代的法律只是“刑律”；为什么在古人的心目中，争讼之事乃是绝对地不可取；又为什么在如此源远流长而又丰富多彩的文化里面，竟找不出与“权利”相对应的概念，等等。当然，站在一种新的或比较新的立场上，任何人都可以很容易地看到这种文化中的一二种特异之处，然而更重要的，也是比较不容易的是发现所有那些特异之处的合理联系。因为实际上，在那些看似矛盾、怪异和不可理解的现象后面，有着完整的秩序或格局。在这种格局里面，也是在它的支配之下，发达造成了不发达，进步带来了退化，成功蕴含着失败。每一组矛盾都是特殊的，许多这样的矛盾就构成和表明了这格局本身的特质。这也就是我们时常说到的文化的基本性格。

性格静止地呈现出来，格局却是种动态的结构。如果我们把中国传统文化中没有权利概念和民法制度一类现象看成是这种文化的基本性格的话，那么从整体结构的角度来看，它们的没能出现正是因为它们一直受到积极抑制的缘故。李约瑟先生写道：

> ……中国的政治和伦理的成熟水平远远超过其他制度的发展程度。这些制度包括一种多样化的经济体系，一部民事契约法典，以及一种保护个人的司法制度。随着时间的推移，后面这些成分，虽然相对而言仍然没有得到充分的发展，却受到了积极的抑制，以免它们干扰国家的统一

> 管理。……个人被鼓励去依附各种首属群体（Primary group）[原译为“首要集团”——引者注]。并且，如果说有一种启蒙性质的伦理法规强调个人对其同伴的职责，那么它同时也禁止对于天赋人权的各种要求。在过去的两千年里，这些状况几乎没有发生变化。[1]

这段话由另一方面向我们提出了一个非常重要的问题，即过于发达的道德意识对于技术的抑制乃至扼杀。实际上，前面谈到的许多问题都与此有关。

从某种意义上说，“私法”正是一种技术，一种确定和保护私权，调节各种利益之冲突，置社会生活于法律构架中的高度专门化的技术。这种或这类技术之不见于中国传统文化，首先是因为，作为一种特定的道德立场，和谐的观念、无私的理想、对于人类大同的向往，以及因此制定出的种种原则和制度，无不具有某种反技术的性格。在中国传统文化的语汇里面，有一个词足以表明这种道德的立场和要求，那就是“礼义”。礼义的概念难以界定。它包罗万象，无所不在，既可以是个人生活的基本信仰，又可以是治理家、国的根本纲领；它是对他人作道德评判和法律裁断的最后依据，也是渗透到所有制度中的一贯精神。如果说，礼义与技术之间确实存在着某种对立，那么，对峙的两端实际是处于某种极不平衡的状态里面。又如果说，在强大的压倒一切的道德要求之下，“自然的技术”比如建筑尚可于委曲中求得某种发展（尽管它要合“礼”），那么，“社会的技术”比如“私法”则可能自始便无由产生。这是因为，人的社会要求较其自然要求更高级、更复杂、更敏感。而且其本身更不能脱离开道德评判。我们在把“私法”当作一种技术看待之

前，先把它作为一个道德问题来考察，就是因为，这种技术直接地建立在一系列的道德前提之上。也正因为如此，中国古代社会可以创造出所谓“礼制”建筑，但却注定不能够产生私法。

说中国古代无私法和说中国古代社会不能够产生私法，不但意思两样，性质也有了不同。前一说只是对事实的陈述，后一说却是逻辑上的判断。由对现象的描述进到现象背后原因的分析和把握，当然是问题的深化。按通常的标准，只要我们的分析是扎实的和有说服力的，对此问题的研究便可以到此结束了。不过，实际情况总要复杂得多。它千变万化，呈现出多重性格，往往很难纳入到单纯的逻辑框架中去。所以，尽管前面的讨论已经包含了对大量社会材料的细节分析，但是如果我们没有在此基础上做进一步的综合性研究，则对此问题的研究还不能说是接近于完备的。

人类面临的问题往往是共同的，不同人群对待、处理这些问题的方式却经常迥异其趣。这些因时、因地、因人而异的思考和行为的方式构成了文化的核心。我们上面的研究正偏重于这一方面。现在，我们要注意的是问题的一个特殊方面：理想向现实妥协。

3

人们抱持的理想无论怎样美好，他遇到的第一个问题总是生存。生存问题是现实的，所以人首先也是现实的。理想的社会没有法律，现实中却不能没有；理想社会里民无争心，现实中人却动辄论诉；理想的社会里面“天下为公”，现实中的人不但各亲其亲，而且各有私财。总之，我们在世界其他文明当

中看到的许多东西，这里也存在的。这不但是说，有些基本的经济关系如买卖、借贷、典当普遍存在于古代文明，而且意味着，处理这些关系的某些最一般的准则如“欠债还钱”一类原则也是共同的。如何看待和评价这类现象显然不是个简单的问题。

据前所述，中国古时的习惯做法是将“户婚田土”一类“民间词讼”划归州县自理，而对这类案件的处理，事实上往往没有明白载于律文的依据。这种做法似乎是把法律一分为二，一部分表现为国家的刑律，另一部分较少见于律文，更多是法官的自由裁断。当然，自由裁断并非无所依凭，而且事实上，法官在这种场合引以为据的有时正是“法”、“令”一类正式条文。只是在更多的情况下，他依凭的并非法条，而是礼。蔡元培先生认为：现今所谓民法在古代颇具于礼，大概就是针对这一现象说的。问题在于所谓民事关系皆依礼处断，与礼即是民法乃是截然不同的两种判断。在我们对私法、民法一类概念的历史和文化意蕴有了基本认识之后，要弄清礼是否就是以及能否成为民法的问题并非难事。这里，不妨先弄清这里说的“礼”的含义。

按学界的一般看法，最早的礼不过是原始人事神祈福的仪节，但是这里讲的，可以作州县官审理词讼之依据的礼，不但是古礼的转义，而且其含义要广泛得多，也难把握得多。据《乐记》的说法，“礼也者，理之不可易者也”，这是把礼与理看作一事。而据《礼运》，“礼也者，义之实也。协诸义而协，则礼虽先王未之有，可以义起也”，这是把“义”看作是“礼”的本质。《管子·心术》曰：“礼者，因人之情，缘义之理，而为之节文者也。故礼者谓有理也。理也者，明分以喻义之意也。故

礼出乎义，义出乎理，理因乎宜者也。”最广意义上的礼，即是理，即是义。按照通常的看法，礼所以节民之情。礼所具有的这种“节”的社会功能，与理与义也是相通的。古人以理与欲，义与利对举，注重的正是理、义对于欲、利的灭、绝、抑、杀的性质与功用[2]。《礼运》有一段话把这个意思说得很好：

> 故圣人耐以天下为一家，以中国为一人者，非意之也。必知其情，辟于其义，明于其利，达于其患，然后能为之。何谓人情？喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲，七者弗学而能。何谓人义？父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠，十者谓之人义。讲信修睦，谓之人利，争夺相杀，谓之人患。故圣人之所以治人七情，修十义，讲信修睦，尚辞让，去争夺，舍礼何以治之？

最后这一句就不只是在讲礼，而是讲依礼所建立的整套秩序了。我们上面谈到过的所谓中国传统文化的基本性格，如不讲权利，没有个人，追求绝对之和谐等等，实际正是这种礼治秩序的基本内容。这种意义上的礼，不仅不能被看成是民法，反倒应被看成是阻碍民法成长的最重要的社会因素。明白了这一点，我们就不难把握中国古时将“户婚田土”一类案件大多划归地方政府“自理”的做法的意义了。

4

表面上看，将“民间词讼”一类我们所谓“民事案件”另作处理的做法，颇似古代罗马人关于私法与公法的分类，然而其内在根据是完全不同的。罗马人认为，“统治者与被统治

者之间的关系有其特有的问题，仅就一般与特殊利益不能在同一架天平上衡量而论，这类关系也要求其规定不同于私人间关系的规定”。[3]这是立足于私权，立足于法律对于私权的调节与保护而对法律做出的划分。相反，中国古时“户婚田土”之事所以归由州县自理，却首先是因管辖权而来。

中国古代的法律，虽然形式多样，内容庞杂，本质上却极统一。它仅仅是“公法”，并且只能是“公法”。这种统一也表现于审判机关的管辖方面，即只有地域的不同，而无事件上的划分。至于审级的管辖，则根据刑罚的轻重来确定。按一般情形，州县一级只对于笞、杖以下案件有自决之权。因此，古人以“户婚田土”案件为州县自理一类，实即是由于这类案件中的违法行为通常只引起笞、杖以下的处罚。然而，何种情形应予笞、杖，何种行为又当适用徒、流乃至死刑，这种判断所依据的标准在当时又只能是道德的。这是我们祖先评判一个人的行为是否于社会有害，以及有害时其程度大小的唯一标准，也是我们古代法所以具有如此单一性格的内在原因。法律充作道德之手段，依道德之评判而为处罚之轻重，因此又可以说，古人对于“户婚田土”事项的这种法律上的安排，又是因为它们依道德评判不够重要的缘故。古人以息讼为美事，但对于道德上有重要性的事却绝不宽贷。清人所著《幕学举要》云：“词讼息结，极为美事，然惟户婚田土及角殴小事则可，若关系诬告、命、盗、赌博、风化及卑幼犯尊等事，皆须究惩，不可轻易准息，庶刁健之徒知所畏惧。”[4]这便是为什么辱骂尊长应如何处置在法律上有详尽的规定，而有关田土钱债交易及其纠纷之解决办法的内容绝少见于律文的缘故。显然，古人以“户婚田土”案件为州县自理的做法绝无将法律区分为两支的意蕴。

轻忽“户婚田土”事宜的一个结果，便是法律上缺少有关的细则。比如在《唐律》里面，虽然“杂律”一篇收有诸如受寄人私自使用受寄物，或者负债违约逾期不偿应当处刑多少的规定，但在唐律的五百余项律文当中，它们只占一个极小的比例。绝大多数有关“户婚田土”的事项并无法律上的明确规定，倒是在杂律之末有两条概括性的规定。一条是：

诸违令者，笞五十；谓令有禁制而律无罪名者。别式，减一等。

“令”能够随时损益，较律为灵活，且涉及面更广，也包括处理今人所谓“民事纠纷”的规定。另一条更重要。

诸不应得为而为之者，笞四十；谓律、令无条，理不可为者。事理重者，杖八十。

［疏］议曰：杂犯轻罪，触类弘多，金科玉条，包罗难尽。其有在律在令无有正条，若不轻重相明，无文可以比附。临时处断，量情为罪，庶补遗阙，故立此条。情轻者，笞四十；事理重者，杖八十。[5]

“诸不应得为”的标准不是“律”，也不是“令”，而是“理”。这与我们前面讲的依礼处断“民事纠纷”的原则完全是一回事。从逻辑上我们有充分的理由说，古代州县的司法实践正是在这类原则的指导下进行的。

理即是礼，即是义。而理与律、令具有同等效力这件事不过表明，在古代的法律里面，理、义或礼据有完全的支配地位。古人把理、义或礼与律、令等更专门的法律形式区分开来，至少是因为前者的含义更为宽泛、含混，缺乏固定的形式。事实

上，理、义或礼不但包括古代圣贤的教导，制度化的礼仪，而且还包括与经书中的原则相符的习俗、惯行、人情、良知等内容。古人并不把这些东西看成或叫做法，他们只是以法去维护和推行理、义或礼。然而以现代人的立场观之，至少在某种意义上，古代法因此而有了更大范围内的统一性。理、义或礼乃是有普遍指导意义的原则，只是在有的场合，它以其精神贯注于律、令等专门的法律形式之中；在另一些场合，它直接被援用作为判决的依据。从它所使用的手段来看，虽然审理“民间词讼”每以息讼为要旨，但在原则上，并非不能够施刑。依唐律，在“理”之不可为者，“情轻者，笞四十；事理重者，杖八十”。可见并无何种界限。古人心目中的“法”辄与刑罚相连、相通，由现代人类学立场所见的中国古代“法”又何尝不是如此。总之，我们可以说，古时案件审理中的礼、法之分（暂时套用这种简单化的说法），并无实质性或学理上的意义，更不带有民、刑分立的意味。它只是由国家的立场出发，依据特定的道德标准，将事分为大小，以决定什么情况一开始就诉诸法条，什么情况先交调处或加劝谕，使尽量自息。但正是由于同样的原因，实际上事无大小，最后都可以刑罚手段解决。自然，这样的划分不可能明白确切，究竟如何处断当由执法者自行掌握。所以，我们不妨谈得更具体些。

5 总的来说，解决“民事纠纷”的方法，在古代可以分作两大类，一是“调处”，二是“判决”。调处有多种形式，既可以由当事人亲族近邻或乡保自行调处，也可以由官府据情批

着乡保、族长调处。此外，还可以由官府直接调处。上文援引《后汉书》所载吴祐、鲁恭诸人事迹就属于后面一类。

宋以后，家族组织日益完备起来，因此一方面，官府的直接调处相对减少，另一方面，民间自行调处的做法逐渐成为定制。依明代法律，“各州县设立申明亭，凡民间应有词状，许耆老里长准受理于本亭剖理”。[6]至清代，虽然法律规定，“民间词讼细事，如田亩之界址、沟洫、亲属之远近亲疏，许令乡保查明呈报，该州县官务即亲加剖断”，[7]而实际上，大量有关“户婚田土”的争端是在官司之外解决的。这不但是因为一般人辄以论诉为耻，更是因为，调解与裁判族内纷争业已成为宗族组织重要职能的一种。梁任公《中国文化史》“乡治”章述其家乡自治概况时云：

> 每有纷争，最初由亲友耆老和解，不服则诉诸各房分祠，不服则诉诸叠绳堂。叠绳堂［即梁氏宗祠——引者］为一乡最高法庭，不服则讼于官矣。然不服叠绳堂之判决而兴讼，乡人认为不道德，故行者极希。子弟犯法，如聚赌斗殴之类，小者上祠堂申斥，大者在神龛前跪领鞭扑，再大者停胙一季，或一年，更大者革胙。停胙者逾期即复，革胙者非经下次会议免除其罪，不得复胙。故革胙为极重刑罚。耕祠堂之田而拖欠租税者停胙，完纳后即复胙。犯窃盗罪者缚其人游行全乡，群儿共诛辱之，名曰“游刑”。凡曾经游刑者，最少停胙一年。有奸淫案发生，则取全乡人所豢之豕悉行刺杀，将豕肉分配于全乡人，而犯罪之家偿豕价，名曰“倒猪”。凡曾犯倒猪罪者，永远革胙。[8]

在这种秩序井然的小社会里，不仅有习俗，而且有规则，人

们不但根据经验生活，也依靠规则行事。许多家规、族规禁止族人擅自论诉，人们习惯上也很少直接讼于官府。下面两则文献记载应当是可信的。

> 举凡族人争吵沟洫等事，均取决于族中之贤者长者，必重大案件，为族人调解不开者，始诉之于官。官之判断，仍须参合族绅之意见。[9]
>
> 同宗者虽远家千里，族正皆有管理之责。……民有争执之事，先经本系族正房长，暨村正及村之贤德者评之，不果，巨绅里保再详之，苟直接官府，必惩不赦，理曲者则议罚于宗祠云。[10]

在今人看来，这样一类调处、评议和处断所依据的原则、规范当然是“法”，或者至少是“准法”。但它们不可能是民法，因为它们所依循的是礼——广义上的礼，一套有着深远历史渊源的道德原则。它解决纷争的着眼点并不在确定或维护什么人的权利，而是要辨明善恶，平息纷争，重新恢复理想的和谐：一种按照道德原则组织起来的秩序。

由于中国古代社会处于农业经济阶段，又有发达的家族组织，“民事关系”的发生往往不出血缘与地缘的范围之外。这就使得家族和乡里组织能够有效地发挥其调处作用，因而大大减少提交官府处断之词讼的数量。不过，在某种意义上说，官府对于“民间词讼”的裁判也许更值得我们注意。与民间的调处、评断相比，它毕竟还可能援引法条，并且多少有正式的文书留存下来。下面主要就宋人书判中的有关部分略加分析。我们以为，这些材料对于人们一般地了解古代，特别是由宋至清数百年间的“民法”问题有很大的帮助。

6 新近整理出版的《名公书判清明集》收宋人书判约四百件，分官吏、赋役、户婚、人伦、人品、惩恶六门依次排列。值得注意的是，全书十四卷，仅户婚一门就占六卷之多，倘再加上人伦、人品二门中内容得归于“户婚田土”的部分，词讼案例恐不下二百件。这样一个数字正好可以用来验证《宋史·食货志》中所谓“官中条例，惟交易一事最为详备”的说法。

中国古代社会的经济发展至于宋代，至少在表面上呈现出相对繁盛的景象。这大概是产生上述现象的主要原因之一。问题是，这样一种现象究竟是对我们上面得出结论的挑战，还是从另一方面证实、充实了这些结论？要回答这些问题，我们必须做些具体的考察。

根据古人的分类，且沿用古人的语汇，户婚门包括立继、归宗、婚嫁、检校、孤幼、孤寡、户绝、遗嘱、争业（屋业与田业）、争财、争界至、取赎、抵当、赁屋等许多类别。我们大体可以把这些杂乱的内容归为两大类：一类为家庭、婚姻与继承；另一类为财产。一般来说，这两类关系因为涉及领域不同，其本身性质亦有所不同。家庭关系总是最能够表明文化独特性的，婚姻与继承关系在根本上决定于特定的家庭形态，亦是如此。相对来说，财产关系的文化色彩不那么强烈，因此多受一般性规则的支配。基于这一点，我们可以将“户婚门”的内容分作两层来讨论。下面先讲前面一类。

说中国古代家庭为一伦理实体，实际包含有两层意思。一层意思是说它具有某种宗教或准宗教的功能，即负有祭祀祖先和使宗族绵延的神圣义务。而在另一层意义上，家庭又是我们这种文化建立于其上的最基本单位或实体。因为这两个缘故，一

方面，婚姻自始就不是当事人个人的事情，继承亦不能简单是财产移转的方式之一，它们都须要服从家的职能。另一方面，有关婚嫁、立继的法律，毫无例外是以礼为依归的，历朝的正式律文当中，亦不乏这方面的规定。在立法者看来，这显然是较财产事端重要得多的问题。这种特点反映在司法上面，便是礼与法的完全融合。这一点在宋人书判中亦有充分的反映。

由《清明集》所收宋人书判看，婚姻纠纷远不如有关立继的讼案来得多。这部分是因为，立继之事直接与财产问题有关，容易引起纷争。相比之下，诸如已嫁而后再嫁，定帖后翻悔，婚嫁违制或在某种情形下要求离异一类婚姻纠葛，与财产关系比较间接，诉讼中财产与礼法的冲突也不总是突出的。所以，要弄清宗法关系对于财产关系的影响及其在法律上的表现，不妨先看一些立继方面的讼案。

这里有一件同宗争立的案子，案情大致如下：

王文植无子，立其房侄孙志道为后。有亲侄伯谦（又名鹤翁）欲争立，四年之间用尽智谋，后来终于成功，使王文植废志道，立伯谦。争讼由此而起。在承审官看来，这是件堪与嗟叹的事情。其判词开篇曰：

> 古人宗族之恩，百世不绝，盖以服属虽远，本同祖宗，而况一家叔伯兄弟之亲，血脉相通，何有内外间隔。今观王文植家争立互诉之词，大可伤叹。

以下详述案情，于是非曲直一一辨明。认为王文植逐志道而别立鹤翁，虽然于法条无碍，却未必合于人情。“志道为文植嗣，曾承祖母重服，又已娶妻生子，祖孙相依四年”，岂可因一时喜怒便改立他人。况且此事全是因鹤翁从中施计的缘故。当

然，倘志道之侍奉老人更好上十倍、百倍，便有离间之辞亦未必奏效。这里，问题不在于谁“有权”做什么，而在于各人都有自己的不是。志道久立而废于一旦，“鹤翁蹊人之田，而夺其中，于心果安乎?”再看文植诉志道之词，无非狠戾、自用而已。“狠戾，可消平也；自用，可训化也。志道挈其妻与子妇，而悔罪悔过于其祖，天理油然而生矣。”何必要改立他人呢？法官对于人性不乏乐观，但也只是到此为止。毕竟，王文植改立伯谦之举并无违法情事，倘不确认这一事实，讼事将无止休地延续下去。“不若佥厅两立之说，以止终讼”。在此折衷的判决之后，则是一篇情辞恳切且不乏威严的训戒，也颇典型，现照录于下：

> 文植景薄崦嵫，日暮途远，子孙致孝致敬，相与娱逸其老可也。听伯达、节臣之互为谋主，簸弄词诉，必至于破家析产而后已，王氏之重不幸，而尊者日有扰其怀，甚可悯也。古诗云：百年能几时，奄若风中烛。达孝在承宗，可免亲龄促。文植八袠余老，固可优游数年，以享期颐之寿，为人子若孙者，亦合体孝经养则致其乐之语，朝朝奉养无缺，有以顺适其亲之意，使之喜乐，勿伤伦谊，以促其亲之龄，则可承宗矣。今两立鹤翁、志道，不许别籍异财，各私其私，当始终乎孝之一字可也。天下万善，孝为之本，若能翻然感悟，力行孝道，天地鬼神，亦将佑之，家道日已兴矣！倘或不然，再词到庭，明有国法，有司岂得而私之哉！[11]

这件普通的继嗣案中有许多可注意的地方，这里只提出两点。

第一，法律的立场纯为礼、义、理，具体说是孝亲原则。它

代表了人际之间的和谐，因此又与无讼的观念完全打成一片。这样一种基本立场、态度同样可以在其他类型的案件中看到，不过在这类关系中更见显明罢了。立继原本受宗法规则的支配，却又摆脱不了财利的纠葛，因此极易造成“财”与“礼”的对抗之势，而在这里，两者实际上不能相容。有位司法官在判词中说，“存亡继绝，非特三尺昭然，为宗族兄弟子侄者，皆当以天伦为念，不可有一毫利心行乎其间”。[12]这在当事人固然很难做到，但在法律方面却至少是能够勉力去实行的。在这种情形下面，要使立继逐渐脱去其宗法色彩，最终转变为近代民法意义上的继承制度，可以说几乎没有可能。[13]

第二，书判既言法律，又讲礼义。立志道这件事，借书判中语即所谓“有嗣以续，出于一家，法甚顺也”，然而“逐志道而别立鹤翁”之举，亦于“立嗣遣子孙条无碍”，倒是两立鹤翁、志道这件事不能不参酌人情。在这层意义上，判决乃是法条与人情的折衷。这样的做法在当时是非常自然的，并无矛盾、不便之处。古人固然不曾把律、令等特定的法律形式与礼义相混同，但也不认为这些不同的规范、原则之间是互相对立或排斥的。法律应当符合礼义，顺应人情，这不仅是立法的精神，也是指导司法活动的原则。在现代人看来，所有经法官解释和适用的原则、规范，不拘是叫做律、令，还是礼、义，本身都是“法律”。我们正应在这样的意义上理解“古代法”的概念。宋人处理词讼案件多有折衷判决，更有以拈阄办法为最终决定的。这固是由于处理词讼时往往没有明确而详尽的法律条文可资援引，然而众多的判决最后能够保有基本的一致，不正是因为有“礼法”这样一个大而且统一的原则吗？

在涉及家庭关系的法律里面，对于立继一类问题的处理是有

代表性的，这不仅是因为它有着数量上的多数，而且是因为它最能够表明家的原则及其对于财产关系的支配。当然，这并不意味着单纯处理财产关系的法律不受文化规则的支配。只是，它们的这一面有外表上不甚显明之处。这是值得我们加意探究的。

7

清人汪辉祖谓民间词讼，“两造非亲则故，非族则邻，情深累世，衅起一时”,[14]此种情形，宋时亦然。又据我们对于中国传统文化基本立场的分析，且揆诸有关文献，这两朝的法律，包括对民间词讼的处理，亦可以说是大同而小异。

《清明集》专设“人伦”一门，收宋人书判四十余件，几乎全是因为财产问题而起的亲族间的纷争。而把财产纠纷归之为人伦问题，这种作法本身就已经表明了古时司法官可能引以为据的原则、规则的性质。关于这个问题，我们讲得够多了，现在应该注意的是另一些问题，一些至少表面上看可以说是比较技术性的规则甚或制度。这些规则和制度在诸如西方法律那样的制度里面似乎也能够看到。我们是否可以把这一部分，不管它们本身是如何弱而且少，视之为中国古代存在着民事法律制度的证据呢？

《清明集》中宋人引用的带有“技术性”的规范，仅限于很少的几种，其中最有代表性的是法律就官司“不得”或“不应”受理某些案件所做的时间上的规定。比如下面两例：

> 准法：诸理诉田宅，而契要不明，过二十年，钱主或业主死者，不得受理。[15]
>
> 在法：分财产满三年而诉不平，又遗嘱满十年而诉者，

不得受理。[16]

这类规定很容易让人想到现代民法中的所谓“时效”制度。它们所生之实际效果，也似乎与今人所谓诉讼时效有相近之处。同样的问题也可以在其他方面提出。比如，对逾期不履行债务的人施以刑罚，可以说客观上就是在维护“债权人”的利益。实际上，官府也未必不能够采取比较积极的措施从正面去保护某种利益，《清明集》中就有一些书判，就其实际效果而言实现了这样的功能。然而要把这种作法看成和说成是对个人权利的保护，理由还远不能说是充足的。在一种真正称得上是文明的社会里面，不但有许多问题是共通的，某些解决办法也是相近的乃至相同的。问题在于，有些共同点直接决定于某种简单的生存条件，另有些共同特征却是文化之复杂作用的结果。这两样东西意义完全不同。我们要准确地把握住中国古代法中上述现象，就不能孤立地看待这些现象，而要把它们置于文化的总体当中，找出它们的**根据**，它们的**出发点**。

黄仁宇先生研究中国古代社会经济，认为诸如遵守契约一类的义务，虽然不能贯彻于商业之中，“却最有效地体现于农村中的租佃及抵押上。这些契约所涉范围虽小，其不可违背已经成为社会习惯，……因为如果不是这样，整个帝国的农村经济就无从维持”。[17]这里，我们无须借助于权利（此处为债权）的概念就可以解释严守契约义务的习惯。换句话说，欠债还钱的信念，既可以权利、义务的概念作为依据，也可以另有一种出发点。当然这并不是说，根据是什么无关紧要，恰恰相反，根据往往是文化现象的决定性因素。文化现象愈是复杂和高级，根据也就愈显得重要。研究“私法”、“民法”一类高度复杂的文

化制度，尤其要注意“根据”问题。

时效制度乃是现代民法中的重要部分，亦是西方法律史上最古老的制度之一。《十二表法》第六表中有如下规定：

> 凡占有土地（包括房屋）二年，其他物品一年的，即因时效取得所有权。

这种因连续无中断地使用他人所有物，经过一定期间而取得该物所有权的办法，为罗马法上移转所有权的重要方式之一，是为“取得时效”。与“取得时效”相对待的又有“消灭时效”，后者系法律对于诉讼权利所加的限制。具体言之，权利人经过规定期间不行使其关于特定物之对于法院的请求权，其诉权即归于消灭。罗马人之设定时效制度，原因为多方面的。由物权方面说，这种制度可以调节所有人与需要人之间的矛盾，提高物之利用；亦可以补救所有权取得之缺陷，或用来证明所有权的存在。由诉讼方面看，它可以减少查证的困难，并对诉讼予以限制，其于私法和社会发展的重要性自不待言。《十二表法》之后，经过历代法学家与立法者的努力，时效制度逐渐细密、发达，趋于完备，其关于时效取得者之占有须连续、和平及善意诸项规定，均为现代立法所采纳。

中国古代法制是否包含有与上述时效制度相类的制度，现代研究者所见不一。戴炎辉先生认为，“固有法无时效取得”。不过同时他也举出一种特例：晋室南迁后，人民多弃地而流亡江南，至江北稍平，田地大率为他人所占，致使北魏之时，现占人与归农者间频起田土争执。孝文帝限制了还地之出诉期限，规定：所争之田，宜限年断，事久难明，悉属今主。[18]另一种看法恰好相反。林咏荣先生以为，时效制度的两种形式在我国古代

法制中均已具备。宋太祖建隆三年敕曰："如为典当限外，经三十年之后，并无文契，虽执文契，或难辨真伪者，不论理收赎之限，现佃主一任典卖"。此取得时效之例。又唐穆宗长庆四年制曰："百姓所经台府州县，论理远年债负，事在三十年以前，而立保经逃亡无证据，空有契书者，一切不须为理。"此消灭时效之例。[19]

着眼于时效制度建立其上的特定社会关系（占有他人所有物之占有人与所有人，如上例中"现占人与归农者"）以及此种制度的基本功能，我们可以推断，中国古代法制中至少会有最广泛意义上的"时效"制度。只是，由上引三例的行文方式，我们可以注意到一个显著特点，即此种关于"时效"的规定，其着眼点几乎完全在于诉讼方面。孝文帝所以为系争田地规定年限，以其"事久难明"；宋太祖规定"佃主一任典卖"之条件，是三十年后无有文契，或虽有文契而难辨真伪者；唐穆宗规定官府不须为理债负的情形为"事在三十年以前，而立保经逃亡无证据，空有契书者"，其由官府立场出发，尽量避免查证上烦难和限制诉讼的倾向至为明显。这一点，又与我们在宋人书判中所见的情形完全一致。

《名公书判清明集》中有关"时效"的书判，除上引两则之外尚有数篇。在其中一篇里面，法官判云："在法，契要不明，过二十年，钱主或业主亡者，不得受理。此盖两条也。谓如过二十年不得受理，以其久而无词也，此一条也。……今此之讼，虽未及二十年，而李孟传者久已死，则契之真伪，谁实证之，是不应受理也。"[20]又一案谓当事人所执干照"已经五十余年，其间破碎漫灭，不明已甚，夫岂在受理之数。"[21]因为年深日久而造成查证上的困难，无疑是人们（无论东方还是西方）考虑对

诉讼加以限制的原因之一。不过，我们从上引书判的行文里面，分明见得出一种道德的旨趣。比如在上面提到的“侄与出继叔争业”一案里面，法官在援引法条之后又说：“杨天常得业正与未正，未暇论，其历年已深，管佃已久矣，委是难以追理。请天常、师尧叔侄各照元管，存睦族之谊，不必生事交争，使亡者姓名徒挂讼牒，实一美事。”[22]显然，这样一种对于诉讼的时间上的限制，同时有着道德上的深刻含义。在这种意义上，官府的“不得受理”或“不应受理”，在当事人方面则产生“不应有词”的效果。“不应有词”而辄论诉，谓之“缠讼”、“健讼”，官司可以笞、杖相加。宋人书判中往往有“扰害亲族，紊烦官府”一类批语，所论大抵都是“不应有词”的情形。这里实际包含了古代中国人特有的法律观念，表明了他们对于诉讼所抱持的特殊态度。虽然，在对于诉讼加以限制这件事情里面，有着某种普遍的必要性，但要在这种必要性里面培植出作为高度专门化之技术的时效制度来，还需要具备其他一些文化上的前提。我们不能忽视这样一种表述的含义：因善意、和平且连续地占有他人之物至一定时间，占有人即取得对于该物的所有权。这种公式自然不曾出现在中国古代的法律里面。由这一点入手，我们就可以理解，为什么说“不得受理”一类法条虽能够实现某种最基本的社会职能如控制诉讼数量，却无由发展成为一种高度专门化的制度——近代民法中的时效制度。

8 在“时效”问题之外，中国古代法里面可以作为技术性规范来考察的另一种制度是“监护”。

现代法律上之监护制度专为未成年人设立，旨在补充其能力，保护其利益。古制与此略异。在罗马法上，监护的设立最初是为了保全家族财产，嗣后方逐渐变成为保护被监护人利益的一种方法。此外，古时受监护者在未成年人之外，还包括妇女，这与妇女旧时地位以及当时人的偏见有关。

考我国古制，虽无被称为“监护”的制度，但以与监护相对待的特定社会关系同样存在于中国这一事实推论，与之相当的习惯和法律或者是有的。以妇女之监护为例，古人以为妇女有“三从”之义，谓之未嫁从父，既嫁从夫，夫死从子。[23]这既是经义，也是习惯和法律，看上去与罗马法上对于妇女的终身监护相类。至于父母亡而子女幼小，这种情形之需要有人代行父母职责更不待言。只是，在成熟的罗马法里面，监护制度相当发达而臻于完备，其关于监护之设立与消灭、监护人之资格与职责、监护人与被监护人间之权利与义务等，均有明白细密的规定，至我国则不然。我国古时，监护事项通常由私人自理，国家条法鲜有规定。仅有的例外，为宋、元法制中以国家管理孤儿财产的一种办法，称为“检校”。

关于我国古法中监护制度的不发达，有当代学者解释为家族组织发达的结果。其表现有二：一是“以家为国家及社会组织的单位，原则上禁止卑幼的别籍异财，家产统摄于家长”；二是亲属法上，“尊长卑幼的伦序极为严密，关于身分上的事项，若无自然的保护人，则由尊长担任。故只于家内无尊长时，始有特设监护人的必要。”[24]这种解释或者不差，但未必是充分理由。古代罗马家族组织亦甚发达，罗马法中“家父权”更是突出。何以监护制度发达于罗马而不见于中国，深一层原因恐怕要在古代人建构其社会关系的观念，以及法律据以调整此类关

系的出发点中求得。

在罗马，男 14 岁、女 12 岁以前，如果为“自权人”，则须为之设置监护人，是为未适婚人之监护；为自权人的女子，年满 12 岁则脱离未适婚人之监护而处于女子监护之下。此种监护的前提是有一适当的“自权人”，即不在他人权力之下而能独立行使权利之人。自权人产生可以为自然的，如家长死亡，其妻与子女即成为自权人；亦可以依照法律，如家子为家父“解放”而成为自权人。中国古时，建构家内关系的准则不是权利—义务模式，而是宗法，是永恒不变之伦常。“监护”之宗旨因此也有不同。罗马人为妇女设立终身监护（此制于帝国后期废止）乃是基于妇女不具有完全行为能力这样一种偏见，监护人职责在于补充其能力，以免因为其管理不当损害继承人或其本人利益。这种考虑与纯发自宗法关系的所谓“三从”，实在有着很大的不同。这种不同还可以进一步在宋、元流行的“检校”制度里见出。

“检校”为宋、元法制中国家对孤儿财产的管理，已如上述。《宋会要》：“元丰令，孤幼财产，官为检校，使亲戚抚养之，季给所需。赀蓄不满五百万者，召人户供质当举钱，岁取钱二分为抚养费。”又，“孤幼财产，官为检校，不满五千贯，召人供抵当，量数借请，岁收二分之息，资以赡养，使其长立而还之。”[25]这种安排看上去与罗马法上对未成年人的监护制度颇相近，而且就它们都保护了孤幼（未成年人）财产利益这一点而言，二者功能亦不乏相同处。只是再深入一步，又会发现其出发点不尽相同。“所谓检校者，盖身亡男孤幼，官为检校财产，度所须，给之孤幼，责付亲戚可托者抚养，候年及格，官尽给还，此法也。”[26]可知“检校”当用于男性未成年人，目的在于

维护宗嗣，其对于家产的保护，只附带地包含其中。这一层用意，我们在宋人判词里面看得明白。

方天禄死而无子，妻方十八而孀居，未必能守志，但未去一日，则可以一日承夫之分，朝嫁则暮义绝矣。妻虽得以承夫分，然非王思诚所得干预。子固当立，夫亡从妻，方天福之子既是单丁，亦不应立，若以方天福之子为子，则天禄之业并归天福位下，与绝支均矣。先责王思诚不得干预状，违从不应，为杖断。仍将天福押下县，唤上族长，从公将但干户下物业均分为二，其合归天禄位下者，官为置籍，仍择本宗昭穆相当者立为天禄后。妻在者，本不待检校，但事有经权，十八孀妇，既无固志，加以王思诚从旁垂涎，不检校不可。请本县详判区处讫，申。[27]

此案关键在“绝支”二字。虽然，立天福之子为天禄之后在昭穆顺序上没有问题，但实际产生的后果，可能是使“天禄之业并归天福位下，与绝支均矣”。财产归属尚在其次，宗嗣问题才是根本。又，依法，本案原不在检校之列，只因“妻方十八而孀居，未必能守志”，又有不良之人从旁垂涎，法官即以权变经，破例而为检校。关键还是宗嗣问题。我们可以比较一件驳回检校请求的案子：当事人张文更父亲亡故，堂叔张仲寅意欲检校。法官援引并解释了检校法条，认为张文更年已三十，纵有弟妹未及十岁者，已自可抚养，正合不应检校之条。倒是张仲寅大有“幸灾以报仇，挟长以凌幼”之嫌，借书判中话说，“但见心术之险，族义之薄，天道甚迩，岂可不自为子孙之虑也哉！”[28]小人所为往往只受利欲支配，法官之责却是要存义理，去私欲，维护宗法与伦常。宋时敕令，辄支用已检校财产，论

如擅支朝廷封桩钱物法，徒二年。[29]重罚如此，正是因为这一类犯罪在道德上是足够严重的。

《清明集》中另一案系检校财物失窃，官司邀集众人，至其家中点对原检校财产，严与封桩。其文曰：

> 闻通判平生清苦自立，乡曲所共知之。今不幸殁于官所，其家惟一妇一孙，惸惸嫠幼，孤影凄然，过者见之，犹为不忍，矧如同气之至爱，犹子之至情乎！扶持之，保护之，以慰泉下之望，此实天下之大义也。今乃幸其人之云亡，睥睨归橐之物，盻盻然惟恐谋夺之不亟。且其家赀产素微，所余俸给，一入豺虎之吻，死者何以葬，生者何以养？有如目今所失一箱物，委官验之，初无外贼来踪，非家人之谋，而谁为之乎？舐糠及米，势所必至，辨之不早，祸必燎原。见委察推躬亲屈致季知县、王宗教、潘县尉、汤将仕集会其家，点对元检校数目，严与封桩。将来准备襄事支遣之外，以其余金悉为买田，活其孤幼，如见留日用婢仆之类，亦合量为支给，其他蚕食于旁，一切屏去之，毋以故息为事。一死一生，乃见交情，季知县、诸寓公畴昔风谊之厚，蔼著旦评，必能相与协心经记而保全之。烦察推更为转致此意，实州家之公祷也。切幸介注。[30]

显然，检校之法的出发点主要不是对财产的维护，亦非以权利—义务模式为其依据（如古罗马监护制），而是旨在强化某种具有复杂文化意味的道德秩序。在这种道德秩序里面，核心问题乃是“义利之辨”，而在所有涉及伦常、名分、宗族、血缘的场合，义与利的对立又是格外突出的。下面引录的一段“保护孤幼财产”的判词最能够说明问题。

宗族亲戚间不幸夭丧，妻弱子幼，又或未有继嗣者，此最可念也。悼死而为之主丧，继绝而为之择后，当以真实恻怛为心，尽公竭力行之，此宗族亲戚之责之义也。近来词诉乃大不然，死者之肉未寒，为兄弟，为女婿，为亲戚者，其于丧葬之事，一不暇问，但知欺凌孤寡，或偷搬其财物，或收藏其契书，或盗卖其田地，或强割其禾稻，或以无分为有分，或以有子为无子，贪图继立，为利忘义，全无人心，此风最为薄恶。[31]

官司重惩此辈，正是要“以为薄俗之戒”。这里，首要的问题是厚民俗，变民风，对于财产的保护倒在其次。财产问题附属于道德问题，人与物的关系，还原为人与人的关系。这样一来，问题便不在于某人依法得拥有、享有某物，而在于大家都应该遵从围绕伦常建立起来的一套道德秩序。换句话说，这里不存在“权利”有无之问题，有的只是“义”与利的冲突与对立。中国古代法的全部特殊性都在这里。

9

所有文明社会，无论它们之间的差异有多大，总会有许多共通的问题。这些问题或者是因为人性所致，或者是社会处于特定物质发展阶段的产物。但是另一方面，举凡文明社会，都保有自己独特的价值观念和处理问题的特殊方式。我们把这叫做文化。

共通的问题是客观的、一般性的，文化却偏重于主观，并且是独特的。共通的问题需要解决，因此而提出的要求至少在

比如不如此则社会无以维系一类最基本的层面上，到处都是一样的。不同的只是解决问题的方式以及因此而产生的结果。不同社会之间，制度安排上的差异往往导源于此。

在古代中国，上述客观与主观，一般与独特，共通问题与文化的两极对立似可以简单地概括为“义”、“利”二字。中国古代的法律制度则正是出于此二者的交互作用之中。因此，古代中国法律的性质、特点、功用和可能的命运，皆可以在对这二者关系的把握中求得。

在中国历史上，或许真的有过一个“天下为公”的黄金时代，但是不管怎样，有史可考的文明史是由各亲其亲，各有私财开始的。私利与私欲不仅在客观上存在着，而且事实上构成了私有制的基础，是这个社会的主要动力之一。在这个意义上，“私”是合理的，是现存秩序中一种基本成分。法律的任务之一就是要维护这个秩序，否则，社会将陷于混乱，面临解体的危机。中国古代法中“欠债还钱”一类基本原则就是这方面职能的表现。自然，同样的原则表述方式不尽相同。同样是产生保护契约履行效果的法律，既可以“当事人得诉请……”的句式表现出来，也可以采用“诸负债不偿……斟杖若干”的规定。这中间的微妙差异便是文化的。

我们传统文化的基本立场可以用一个“义”字来概括，这实际上意味着对于“私”的否弃。中国古代的全部道德都建立在这样的基础上面。这固然不能够消除人们的私欲，但是它至少可以把私放在一个不合“理”的位置上面。私是不合“理”的(此天理之理)，这种精神渗透了中国古代的所有制度，并且因此将私的活动、私的关系有效地限制在了一个尽可能低的水准上。于是，中国古代的法律同时具有了双重的使命与性格。一

方面，它要维护一个基本上是“私有”的秩序，另一方面，它又致力于保护和贯彻一个本质上是去私的道德秩序。为使这社会存续下去，它不能不以权威的方式确定财产所属，划定疆界，判明文契真伪，分割财产，清点财物，等等，但是从其固有文化的立场出发，它又必须谴责见利忘义的行为，甚至对有害于道德的行为予以惩戒，努力维系宗族与乡里的和睦，劝人向善，息争止讼。在现代人看来，这两样东西似乎不能够相容，但是在古代法中，它们实际上和谐地融为一体。这种和谐以牺牲其技术方面的发展作为代价，而在某种意义上说，体现了此种和谐的混合物，既不是道德也不是法律（当然更不是什么“民法”），恰当的名称也许是“礼法”。

这里讲的礼法，不仅是古人所说的礼仪法度，还是可以禁乱止争的礼防；此外又不仅是礼防，还是道德化的法律，法律化的道德，是法律与道德合而于一的混合物。它只有一种判断标准，那就是善与恶，善所以讲应当（常常又是必须），恶所以有禁忌。而所谓法律，实际只是赏善惩恶。由于这样一种性质，它实际上是无所不包的。全部的社会生活，上至治国纲领，下至细民生计，统统可以纳入其中。这是一个完整的秩序，我叫它作“礼法秩序”。古代法，包括古人对于民间词讼的处理，都是以此为出发点的。把握住这一点，历史上各种纷杂的法律现象就会立刻变得井然有序了。

10

这里，我们又可以就古人以法为刑的久远传统提供一种新的说明。

依古人的看法，刑罚乃是维护和恢复包括社会在内的自然秩序之和谐的必要手段。这种立场严格说来是道德的。于是，刑罚实际上成了“道德之器械”。当然这并不意味着，社会生活本身没有非道德的一面。问题在于，在一种特定的文化氛围之中，古人把所有的问题都翻译成了道德问题。因此，在涉及财产纠纷时，惩错纠过与其说在于保护财产权，莫如说是要维护某种道德秩序。古人处断在我们看来是最最典型的民事纠纷，之所以动辄使用刑罚，就是因为在他们眼中，财产问题原本是道德问题。而依照道德的标准来衡量，人是分为“好的”和“坏的”的。在其本身绝不是一件好事的争讼里面，至少有一方是“理曲”者，“在彼则曲，在此则直，曲者当惩，直者当予”。[32]法官的责任，就是要于其中辨明曲直，惩恶扬善，财产的解决同时也就包含其中。在《名公书判清明集》所收有关“户婚田土”的大约二百件书判中，多数直接有惩戒的记录，余下的绝大多数载有“如再有词，合行科坐”一类字样。从理论上说，没有什么情况是不得施以刑罚的。因为，道德问题贯穿了一切。也是因为这个缘故，在另外一方面，原本可以施刑的，根据情况也可以暂免。比如一件宗族欺孤占产的案子，据案情，当事人梁某“便合科断”，只因为“尚是亲戚，未欲遽伤恩义”，[33]于是便免了刑罚。这类情形在宋人书判中极是普遍。由此可以知道，处理民间词讼所适用的法律是极富弹性的。这一方面是因为，站在特定的道德立场，会认为这类纠纷纯系薄物细故，因此较少法律上的详尽规定而交地方官自理；另一方面是因为，着眼于礼法秩序，处理民间词讼，官司通常无须法条亦可以胜任。事实上，在许多案件里面，法官并不或很少援引条令，对他们来说，处理这类争讼只凭古往圣贤的教导和自己的生活经验即可

游刃有余。因为他们所要做的，终究不是理清财产关系和维护财产权，而是使“天理人情，各得其当”。[34]宋人书判中充斥了大量“理”、“义”、“天理”、“人心”、“人情”一类字眼，他们的许多判决，也正是依照这些含混的概念、原则作出的。这些东西与正式的、成文化的律、令并无牴牾，因为后者不过是形式更为确定的“义”、“理”罢了。它们统一于礼法秩序。

现在，我们或可以理解，何以中国古代法中少有技术性规范，即使有，也远不及西方古代法如罗马法中相应的规范、制度来得精确、复杂和系统。中国古代的法律，由于它所由出发的特殊立场，虽然有效地维系了一个私有社会的基本秩序，却注定不能成为保护个人权利的完备手段：从“不应受理”的规定当中，不可能生出时效制度；检校亦只能是检校，它注定不能发展为监护制度。

11

有关中国古代社会“民法”问题的讨论，至此当告一段落。我们的结论可以申说如下：

在中国古代社会，尽管存在着一般意义上的私有经济形式，存在着我们今天名之为“民事”的种种关系，但是并未产生出可以称之为“私法”或“民法”的那部分法律。这并不是说这类关系完全不受法律的调整，而是说调整这类关系的法律并不具有私法或民法的性格。数千年来，中国只有一种法律，那就是“刑律”（并非正好就是今人所谓“刑法”），此乃道德之器械，它以内在的道德评判与外在的刑罚等级相配合，构成一张包罗万象的大网，其中无所谓民事与刑事，私生活与公共生活，只

有事之大小，刑之重轻。黑格尔论及古东方，尤其是中国的情形时写道："无论他们的法律机构、国家制度等在形式方面是发挥得如何有条理，但在我们这里是不会发生的，也是不能令我们满意的，它们不是法律，反倒简直是压制法律的东西。"[35]这段话在我们是能够并且容易理解的，因为黑格尔所谓法律，只是西方意义上的那种，而在精神上面，中国古代法与西方古代法确乎是两种颇不相同的东西。也许，把我们由人类学和社会学立场叫做中国古代法的东西称之为"礼法"更合适些。礼法的概念，前面已经有了简单的界说，总而言之，它是中国古代"礼"（就这个概念的最广意义而言）与"刑"的完全融合，在范围上，它包括了古代全部法律文献：从正式的律文，一直到地方官所做的判牍。我们当然认为地方官审理"民间词讼"的活动乃是真正的司法活动，适用于其中的全部原则，不管以什么名义出现，也都称得上是法律。只是它们决非民法，而是礼法。它的最基本原则，不但不是权利，反倒是要彻底消灭权利的"义"，此其精神上与民法相反；又因为普遍的道德化，它又把一切都"刑事"化了，此其法律效果上与民法相悖。这两种制度之间的差异，实包含了极为丰富的文化内蕴。倘我们将曾经受罗马法养育的西方文化名之为"私法文化"，那么在同样的意义上，中国传统文化可以被恰如其分地称之为"礼法文化"。礼法文化中是不会有私法或者民法的地位的。

最后，我们可以引李约瑟先生的一段话做本章的结束：

> 不发达的信用制确实与缺乏严密的商业法有联系。但在传统中国几乎不可能制定出以西方法律为楷模的法律。通过一种独立的司法制度来实施这类法律，涉及到承认财产权利的绝对性，这与中国社会的价值观念及其社会组织

原则相抵触。这些价值观和原则所支撑的传统中国的政治结构建立在一个前提的基础上，即公共利益往往必须先于私人利益。如果抛弃这一前提，这个广袤的帝国的官僚政府就会彻底崩溃。当然，诚实胜过法律制裁；但现代社会是否仅仅依靠诚实就能建立起来，这是很值得怀疑的。[36]

注 释

[1] 《李约瑟文集》第 279 页（辽宁科技出版社，沈阳，1986）。

[2] 据今人考证，“义”之古义即是“杀”。参阅庞朴：《儒家辩证法研究》“仁义”章（中华书局，北京，1984）。

[3] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》第 74 页（上海译文出版社，1984）。

[4] 古代法律虽然不鼓励复仇，但对于“私和”，尤其是受财“私和”之人又规定了严厉的惩处。这种自相矛盾尤其能够表明古人对于伦理的极端重视。参阅瞿同祖：《中国法律与中国社会》第 83—84 页（中华书局，北京，1981）。

[5] 此二条均见《唐律疏议》“杂律”（中华书局，北京，1983）。

[6] 《大明律集解附例·刑律·杂犯》。

[7] 《大清律·刑律·诉讼》。

[8] 转引自梁漱溟：《中国文化要义》第 277 页（学林出版社，上海，1987）。关于清代“宗族法”的一般情形，可以参阅朱勇：《清代宗族法研究》第二章、第三章（湖南教育出版社，长沙，1987）。

[9] 胡朴安编：《中华全国风俗志》下篇卷五，“安徽·合肥风俗记”（中州古籍出版社，郑州，1990）。

[10] 《中华全国风俗志》下篇卷六，“湖北·武昌东乡乡里制度”。

[11] 《名公书判清明集》卷七，韩竹坡：“同宗争立”（中华书局，北京，1987）。

[12] 《名公书判清明集》卷七，吴恕斋：“不可以一人而为两家之

后别行选立”。

[13] 立继乃是宗祧与财产的一并继承。此外，亦有诸子均分的单纯财产继承，其规则至为简单，并且体现了“大功同财”和兄弟和睦的原则。

[14] 《牧令书辑要·治讼》。

[15] 《名公书判清明集》卷四，“王九诉伯王四占去田产”。

[16] 《名公书判清明集》卷五，翁浩堂：“侄与出继叔争业”。

[17] 黄仁宇：《万历十五年》第151页（中华书局，北京，1982）。

[18] 参阅戴炎辉：《中国法制史》[504]、[518]（三民书局，台北，1979）。

[19] 参阅林咏荣：《中国法制史》第123页（台北，1976）。

[20] 《名公书判清明集》卷四，方秋崖：“契约不明钱主或业主亡者不得受理”。

[21] 同上，“吴肃吴镕吴桧互争田产”。

[22] 《名公书判清明集》卷五，翁浩堂：“侄与出继叔争业”。

[23] 最后一条须加若干限制。参阅戴炎辉：《中国法制史》[477]。

[24] 同上，第263页。

[25] 同上，第265页。

[26] 《名公书判清明集》卷七，叶岩峰：“不当检校而求检校”。

[27] 同上卷八，吴雨岩：“检校嫠幼财产”。

[28] 同上卷七，叶岩峰：“不当检校而求检校”。

[29] 同上卷八，胡石壁：“侵用已检校财产论如擅支朝廷封桩钱物法”。

[30] 同上，“检校闻通判财产为其侄谋夺”。

[31] 同上卷七，吴恕斋：“宗族欺孤占产”。

[32] 同上卷四，“吴肃吴镕吴桧互争田产”。

[33] 同上卷七，吴恕斋：“宗族欺孤占产”。

[34] 同上。

[35] 黑格尔：《哲学史讲演录》第一卷，第119页。贺麟等译（商

务印书馆，北京，1981)。

[36]　《李约瑟文集》第297页。黄仁宇先生写道："……法律如果以保护人权和产权作为基础，则一次诉讼所需的详尽审查和参考成例，必致使用众多的人力和消耗大量的费用，这不仅为县令一人所不能胜任，也为收入有限的地方政府所不能负担。而立法和司法必须全国统一，又不能允许各个地方政府各行其是。既然如此，本朝的法律就不外是行政的一种工具，而不是被统治者的保障。作为行政长官而兼司法长官的地方官，其注意力也只是集中在使乡民安分守己，对于他们职责范围外没有多大影响的争端则拒不受理。这一类案件照例由族长村长或耆老士绅调解仲裁，为了鼓励并加强这种仲裁的权力，我们帝国的圣经"四书"就为读书人所必须诵习，而其中亘古不变的观念又通过读书人而渗透于不识字的乡民之中，即幼者必须追随长者，女人必须服从男人，没有知识的人必须听命于有教养的人。帝国的政府以古代的理想社会作基础，而依赖文化的传统而生存。"(《万历十五年》第153页)这是从另一方面论证了中国古代"民法"的不可能。

本书作者简介

克利福德·吉尔兹(Clifford Geertz)　1926年生。著名人类学家，曾在加州大学、芝加哥大学和普林斯顿大学任教。并曾赴爪哇、巴厘和摩洛哥作田野研究。1970年起受聘为普林斯顿大学高级研究所教授；1982年以后出任Harold F. Linder社会科学教授。主要著作有《爪哇的宗教》(1960)、《巴厘的人、时间和行为》(1966)、《文化的解释》(1973)、《地方性知识》(1983)、《著作与生活》(1988)。

根特·弗兰肯伯格(Günter Frankenberg)　哲学博士，法学博士。法兰克福大学马克斯-普朗克社会科学研究所研究员。

格雷·多西(Gray Lonkford Dorsey，1918—)，1950年获耶鲁大学法学博士学位，后任华盛顿大学(圣路易斯)法理学和国际法Charles Nagel讲座教授。主要著述领域为国际法、法哲学和社会哲学。

亚伯拉罕·艾德尔(Abraham Edel)，1908年生于匹兹堡，1934年获哥伦比亚大学哲学博士，后为宾夕法尼亚大学哲学研究教授，著述颇丰。

伊丽莎白·弗罗尔（Elizabth Flower），宾夕法尼亚大学哲学博士，现为该校校级教授。

宋格文（Hugh T. Scogin，Jr.），1982年获哈佛大学法学博士，曾执教于南加州大学法律中心，现为律师，同时仍从事于中国古代契约研究。

安守廉（William P. Alford）　哈佛大学法学院 Henry L. Stimson 教授，东亚法律研究中心主任。主要研究领域为国际经济法、中国法等。著作有《偷书不为窃》（斯坦福大学出版社，1995），另有论文若干。

梁治平　1959年生。中国人民大学法学硕士（1985）；西南政法学院法学学士（1982）。曾执教于中国人民大学法律系，现为中国艺术研究院中国文化研究所研究员。学术兴趣主要在法哲学、法律史、比较法律文化等方面。主要著作有：《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》（1991；修订版，1997）、《法辨》（1992）、《法意与人情》（1992）、《清代习惯法：社会与国家》（1996）、《梁治平自选集》（1997）以及译著：《法律与宗教》（1991）等。

出版后记

当前，在海内外华人学者当中，一个呼声正在兴起——它在诉说中华文明的光辉历程，它在争辩中国学术文化的独立地位，它在呼喊中国优秀知识传统的复兴与鼎盛，它在日益清晰而明确地向人类表明：我们不但要自立于世界民族之林，把中国建设成为经济大国和科技大国，我们还要群策群力，力争使中国在二十一世纪变成真正的文明大国、思想大国和学术大国。

在这种令人鼓舞的气氛中，三联书店荣幸地得到海内外关心中国学术文化的朋友们的帮助，编辑出版这套《三联·哈佛燕京学术丛书》，以为华人学者们上述强劲呼求的一种纪录，一个回应。

北京大学和中国社会科学院的一些著名专家、教授应本店之邀，组成学术委员会。学术委员会完全独立地运作，负责审定书稿，并指导本店编辑部进行必要的工作。每一本专著书尾，均刊印学术委员会推荐此书的专家评语。此种学术质量责任制度，将尽可能保证本丛书的学术品格。对于以季羡林教授为首的本丛书学术委员会的辛勤工作和高度责任心，我们深为钦佩并表谢意。

推动中国学术进步，促进国内学术自由，鼓励学界进取探索，是为三联书店之一贯宗旨。希望在中国日益开放、进步、繁

盛的氛围中，在海内外学术机构、热心人士、学界先进的支持帮助下，更多地出版学术和文化精品！

生活·读书·新知三联书店

1993年10月

三联·哈佛燕京学术丛书

三联书店

· 第三辑 ·

古代宗教与伦理 陈　来 著
——儒家思想的根源

世袭社会及其解体 何怀宏 著
——中国历史上的春秋时代

语言与哲学 徐友渔 周国平 陈嘉映 尚　杰 著
——当代英美与德法传统比较研究

爱默生和中国 钱满素 著
——对个人主义的反思

门阀士族与永明文学 刘跃进 著

明清徽商与淮扬社会变迁 王振忠 著

现代中国思想的兴起 汪　晖 著
——科学观念与现代性问题

海德格尔思想与中国天道 张祥龙 著
——终极视域的开启与交融

· 第四辑 ·

人文困惑与反思 盛　宁 著
——西方后现代主义思潮批判

社会人类学与中国研究 王铭铭 著

儒学地域化的近代形态 杨念群 著
——三大知识群体互动的比较研究

中国史前考古学史研究(1895—1949) 陈星灿 著

心学之思 杨国荣 著
——王阳明哲学的阐释

绵延之维 丁　宁 著
——走向艺术史哲学

历史哲学的重建 张西平 著
——卢卡奇与当代西方社会思潮

［Ｇｅｎｅｒａｌ　Ｉｎｆｏｒｍａｔｉｏｎ］
书名＝三联·哈佛燕京学术丛书　　法律的文化解释（增订本）
作者＝
页数＝４３２
ＳＳ号＝０
出版日期＝